

Sygn. akt: **KIO 1290/13**

KIO 1299/13

WYROK

z dnia 14 czerwca 2013 r.

Krajowa Izba Odwoławcza - w składzie:

Przewodniczący: Paweł Trojan

Członkowie: Justyna Tomkowska

Agnieszka Trojanowska

Protokolant: Agata Dziuban

po rozpoznaniu na rozprawie w dniu **12 czerwca 2013 r.** w Warszawie odwołań skierowanych w drodze zarządzenia Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej z dnia **5 czerwca 2013 r.** do łącznego rozpoznania, wniesionych do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej:

A. w dniu **29.05.2013 r.** przez wykonawców wspólnie ubiegających się o udzielenie zamówienia Konsorcjum **ALBA Południe Polska Spółka z o. o., ul. Starocmentarna 2, 41-300 Dąbrowa Górnicza** oraz **ALBA Miejskie Przedsiębiorstwo Gospodarki Komunalnej Spółka z o. o., ul. Starocmentarna 2, 41-300 Dąbrowa Górnicza** (sygn. akt **KIO 1290/13**);

B. w dniu **31.05.2013 r.** przez wykonawcę **Remondis Spółka z o. o., ul. Zawodzie 16, 02-981 Warszawa** (sygn. akt **KIO 1299/13**);

w postępowaniu prowadzonym przez Zamawiającego – **Gminę Miejską Żory, al. Wojska Polskiego 25, 44-240 Żory** w trybie przetargu nieograniczonego pn.: „Świadczenie usług w zakresie odbierania i zagospodarowania odpadów komunalnych od właścicieli nieruchomości położonych na terenie miasta Żory” (nr sprawy ZP.271.6.2.2013.ŁG).

A. przy udziale wykonawcy **Remondis Spółka z o. o., ul. Zawodzie 16, 02-981 Warszawa** zgłaszającego swoje przystąpienie do postępowania wszczętego wskutek wniesienia odwołania po stronie Odwołującego;

przy udziale wykonawcy **Zakłady Techniki Komunalnej Spółka z o. o., ul. Okrężna 5, 44-240 Żory** zgłaszającego swoje przystąpienie do postępowania wszczętego wskutek wniesienia odwołania po stronie Zamawiającego;

przy udziale wykonawcy **Przedsiębiorstwo Usług Komunalnych Spółka z o. o., ul. Kokotek 33, 41-700 Ruda Śląska** zgłaszającego swoje przystąpienie do postępowania wszczętego wskutek wniesienia odwołania po stronie Zamawiającego;

B. przy udziale wykonawcy **Zakłady Techniki Komunalnej Spółka z o. o., ul. Okrężna 5, 44-240 Żory** zgłaszającego swoje przystąpienie do postępowania wszczętego wskutek wniesienia odwołania po stronie Zamawiającego;

przy udziale wykonawcy **Przedsiębiorstwo Usług Komunalnych Spółka z o. o., ul. Kokotek 33, 41-700 Ruda Śląska** zgłaszającego swoje przystąpienie do postępowania wszczętego wskutek wniesienia odwołania po stronie Zamawiającego;

przy udziale wykonawcy **Przedsiębiorstwo Produkcyjno – Handlowo – Usługowe KOMART Spółka z o. o., ul. Szpitalna 7, 44-194 Knurów** zgłaszającego swoje przystąpienie do postępowania wszczętego wskutek wniesienia odwołania po stronie Zamawiającego;

orzeka:

oddala oba odwołania,

2. Kosztami postępowania obciąża

A. w zakresie odwołania o sygn. akt KIO 1290/13 wykonawców wspólnie ubiegających się o udzielenie zamówienia Konsorcjum **ALBA Południe Polska Spółka z o. o., ul. Starocmentarna 2, 41-300 Dąbrowa Górnicza** oraz **ALBA Miejskie Przedsiębiorstwo Gospodarki Komunalnej Spółka z o. o., ul. Starocmentarna 2, 41-300 Dąbrowa Górnicza;**

B. w zakresie odwołania o sygn. akt KIO 1299/13 wykonawcę **Remondis Spółka z o. o., ul. Zawodzie 16, 02-981 Warszawa** i nakazuje:

1) zaliczyć na rzecz Urzędu Zamówień Publicznych wpisy w wysokości **30 000 zł 00 gr** (słownie: trzydzieści tysięcy złotych zero groszy) uiszczone przez Odwołujących się, w tym:

- A** wpis w wysokości **15 000 zł 00 gr** (słownie: piętnaście tysięcy złotych zero groszy) uiszczony przez wykonawców wspólnie ubiegających się o udzielenie zamówienia Konsorcjum **ALBA Południe Polska Spółka z o. o., ul. Starocmentarna 2, 41-300 Dąbrowa Górnicza** oraz **ALBA Miejskie Przedsiębiorstwo Gospodarki Komunalnej Spółka z o. o., ul. Starocmentarna 2, 41-300 Dąbrowa Górnicza (sygn. akt KIO 1290/13),**
- B** wpis w wysokości **15 000 zł 00 gr** (słownie: piętnaście tysięcy złotych zero groszy) uiszczony przez wykonawcę **Remondis Spółka z o. o., ul. Zawodzie 16, 02-981 Warszawa (sygn. akt KIO 1299/13),**

2)

- A** dokonać wpłaty kwoty **230 zł 00 gr** (słownie: dwieście trzydzieści złotych zero groszy) przez wykonawców wspólnie ubiegających się o udzielenie zamówienia Konsorcjum **ALBA Południe Polska Spółka z o. o., ul. Starocmentarna 2, 41-300 Dąbrowa Górnicza** oraz **ALBA Miejskie Przedsiębiorstwo Gospodarki Komunalnej Spółka z o. o., ul. Starocmentarna 2, 41-300 Dąbrowa Górnicza** na rzecz Zamawiającego - **Gminę Miejską Żory, al. Wojska Polskiego 25, 44-240 Żory** stanowiącej uzasadnione koszty strony z tytułu delegacji i kosztów dojazdu na posiedzenie;
- B** dokonać wpłaty kwoty **230 zł 00 gr** (słownie: dwieście trzydzieści złotych zero groszy) przez wykonawcę **Remondis Spółka z o. o., ul. Zawodzie 16, 02-981 Warszawa** na rzecz Zamawiającego - **Gminę Miejską Żory, al. Wojska**

Polskiego 25, 44-240 Żory stanowiącej uzasadnione koszty strony z tytułu delegacji i kosztów dojazdu na posiedzenie.

Stosownie do treści art. 198a i 198b ustawy z dnia 29 stycznia 2004 r. - Prawo zamówień publicznych (tekst jednolity Dz. U. z 2010 r. Nr 113, poz. 759 z późn. zm.) na niniejszy wyrok - w terminie 7 dni od dnia jego doręczenia - przysługuje skarga za pośrednictwem Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej do Sądu Okręgowego w **Gliwicach**.

Przewodniczący:

.....

Członkowie:

.....

.....

U z a s a d n i e

do wyroku z dnia 14 czerwca 2013 r. w sprawach KIO 1290/13 i KIO 1299/13

Zamawiający – Gmina Miejska Żory, al. Wojska Polskiego 25, 44-240 Żory prowadzi postępowanie o udzielenie zamówienia publicznego w trybie przetargu nieograniczonego pn.: „Świadczenie usług w zakresie odbierania i zagospodarowania odpadów komunalnych od właścicieli nieruchomości położonych na terenie miasta Żory” (nr sprawy ZP.271.6.2.2013.ŁG).

Izba ustaliła, iż postępowanie prowadzone w trybie przetargu nieograniczonego o wartości powyżej kwot określonych w przepisach wydanych na podstawie art. 11 ust. 8 ustawy Pzp.

Następnie ustaliła, że w dniu 19.02.2013 r. Zamawiający przekazał do publikacji ogłoszenie o zamówieniu Urzędowi Oficjalnych Publikacji UE.

W dniu 23.02.2013 r. ogłoszenie o zamówieniu zostało opublikowane w suplemencie do Dz. U. UE pod numerem 2013/S 039-062651.

Sygn. akt KIO 1290/13

W dniu 21.05.2013 r. Zamawiający przekazał Odwołującemu informację o wyborze oferty najkorzystniejszej i odrzuceniu złożonej przez niego oferty na podstawie art. 89 ust. 1 pkt 2 i 6 ustawy Pzp.

Odwołanie zostało wniesione do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej w dniu 29.05.2013 r. wobec czynności Zamawiającego polegającej na:

- 1) odrzuceniu oferty konsorcjum ALBA Południe Sp. z o.o. oraz ALBA MPGK Sp. z o.o.;
- 2) wyboru w zakresie sektora nr 1 jako najkorzystniejszej oferty Przedsiębiorstwa Usług Komunalnych Sp. z o.o. z siedzibą w Rudzie Śląskiej.

Odwołujący zarzucił Zamawiającemu naruszenie następujących przepisów:

- 1) art. 89 ust. 1 pkt 2 oraz art. 89 ust. 1 pkt 6 ustawy Pzp poprzez odrzucenie oferty Odwołującego, pomimo iż jej treść była zgodna ze SIWZ w przedmiotowym postępowaniu o udzielenie zamówienia publicznego, a także nie zawierała błędu w obliczeniu ceny;

- 2) art. 91 ust. 1 i 2 Pzp poprzez ocenę ofert w kryterium 'cena' poprzez ceny jednostkowe, pomimo iż ceną jest całkowita cena oferty;
- 3) art. 2 pkt 7 Pzp poprzez błędne uznanie, że oferta Odwołującego jest ofertą wariantową;
- 4) art. 2 pkt 1 Pzp poprzez błędne uznanie, że ustawę z dnia 5 lipca 2001 r. o cenach (t.j. Dz. U. z 2013 r., poz. 385) stosuje się także do ceny jednostkowej i uznanie tym samym, iż cena jednostkowa (jedna z pozycji wyceny usługi) nie może być ujemna.

W związku z powyższym na podstawie art. 192 ust. 3 pkt 1 Pzp Odwołujący wniósł o nakazanie Zamawiającemu:

- 1) unieważnienie czynności polegającej na odrzuceniu w dniu 21 maja 2013 r. oferty konsorcjum ALBA Południe Sp. z o.o. oraz ALBA MPGK Sp. z o.o. i przywrócenie oferty Odwołującego w postępowaniu o udzielenie zamówienia publicznego na świadczenie usługi w zakresie odbierania i zagospodarowania odpadów komunalnych od właścicieli nieruchomości położonych na terenie miasta Żory;
- 2) powtórzenie czynności badania i oceny ofert w postępowaniu o udzielenie zamówienia publicznego na świadczenie usługi w zakresie odbierania i zagospodarowania odpadów komunalnych od właścicieli nieruchomości położonych na terenie miasta Żory;
- 3) wyboru jako najkorzystniejszej oferty Odwołującego w zakresie sektora nr 1 w postępowaniu o udzielenie zamówienia publicznego na świadczenie usługi w zakresie odbierania i zagospodarowania odpadów komunalnych od właścicieli nieruchomości położonych na terenie miasta Żory;
- 4) z postępowania, w tym ko procesowego, według fa poniesionych kosztów, jakie zostaną złożone podczas rozprawy.

Odwołujący wskazał, iż posiada interes prawny we wniesieniu odwołania, gdyż w przypadku nieodrzucenia oferty konsorcjum ALBA Południe Sp. z o.o. oraz ALBA MPGK Sp. z o.o., oferta ta z uwagi na najniższą cenę ofertową zostałaby wybrana przez Zamawiającego jako najkorzystniejsza.

W ocenie Odwołującego termin na wniesienie odwołania określony w art. 182 ust. 1 pkt 1 Pzp został zachowany, gdyż Odwołujący otrzymał informację o wyniku postępowania faksem w dniu 21 maja 2013 r.

W uzasadnieniu Odwołujący podniósł, iż Zamawiający w niniejszym postępowaniu jako ofertę najkorzystniejszą w zakresie sektora nr 1 wybrał ofertę Przedsiębiorstwa Usług Komunalnych Sp. z o.o. w Rudzie Śląskiej, a ofertę Odwołującego odrzucił na podstawie art.

89 ust. 1 pkt 1 i 6 Pzp. W uzasadnieniu Zamawiający wskazał, że Odwołujący za odbiór i zagospodarowanie odpadów zbieranych selektywnie podał cenę jednostkową ujemną, co narusza m.in. art. 2 pkt 1 Pzp w zw. z art. 3 ust. 1 pkt 1 ustawy z dnia 5 lipca 2001 r. o cenach (t.j. Dz. U. z 2013 r., poz. 385), zgodnie z którym cena nie może być wartością ujemną. Zamawiający stwierdził także, że zaoferowanie ujemnych cen jednostkowych oznacza złożenie oferty wariantowej, co jest niezgodne z SIWZ. Zamawiający uważa, że może dojść do sytuacji w której to wykonawca będzie zobowiązany do zapłaty Zamawiającemu w przypadku, gdy wartość odpadów odebranych w sposób selektywny z uwagi na ich dużą ilość będzie większa niż wartość odebranych zmieszanych odpadów komunalnych. W ocenie Zamawiającego, zaproponowanie ujemnych cen jednostkowych stanowi także błąd w obliczeniu ceny, skutkujący odrzuceniem oferty Odwołującego. W ocenie Odwołującego, odrzucenie jego oferty było niezgodne z przepisami następujących przyczyn:

W pierwszej kolejności należy wskazać, że zgodnie z formularzem ofertowym, Odwołujący podał ceny jednostkowe brutto odbioru i zagospodarowania 1 Mg odpadów, zarówno dla odpadów zmieszanych, jak i segregowanych. Cena jednostkowa za odbiór i zagospodarowanie 1 Mg odpadów zmieszanych to 453,60 zł, a w przypadku odpadów segregowanych to -162 zł. Cena całkowita oferty, przy prognozowanych ilościach odpadów zmieszanych i segregowanych, wynosiła 719.152,99 zł, a więc była dodatnia. Odnosząc się do uzasadnienia odrzucenia oferty Odwołującego, należy zauważyć, że rzeczywiście art. 2 pkt 1 Pzp odsyła w zakresie definicji 'ceny' do art. 3 ust. 1 pkt 1 ustawy z dnia 5 lipca 2001 r. o cenach (t.j. Dz. U. z 2013 r., poz. 385). Zgodnie z tym przepisem, cena to wartość wyrażona w jednostkach pieniężnych, którą kupujący jest obowiązany zapłacić przedsiębiorcy za towar lub usługę; w cenie uwzględnia się podatek od towarów i usług oraz podatek akcyzowy, jeżeli na podstawie odrębnych przepisów sprzedaż towaru (usługi) podlega obciążeniu podatkiem od towarów i usług oraz podatkiem akcyzowym. Cena, o której mowa art. 2 pkt 1 Pzp, to cena całej oferty, która zgodnie z pkt 12.1. SIWZ powinna być zgodna z art. art. 3 ust. 1 pkt 1 ustawy z dnia 5 lipca 2001 r. o cenach (t.j. Dz. U. z 2013 r., poz. 385) - ten warunek zaoferowana przez Odwołującego cena spełnia, gdyż jest wyrażona w jednostkach pieniężnych, uwzględnia podatek VAT, i co więcej - jest wartością dodatnią. Natomiast ceny jednostkowe miały na celu sporządzenie kalkulacji, zgodnie z pkt 12.5. SIWZ i formularzem ofertowym, stanowiącym załącznik nr 1 do SIWZ. Jak wynika także z pkt 12.7. SIWZ, do porównania ofert była brana pod uwagę całkowita cena brutto (wraz z podatkiem VAT), podana cyfrowo i słownie, wyrażona w złotych polskich w zaokrągleniu do dwóch miejsc po przecinku. Zaoferowana przez Odwołującego cena wszystkie te wymagania spełniała.

Zdaniem Odwołującego jednocześnie trzeba podkreślić, że żaden przepis Prawa zamówień publicznych nie odsyła do art. 3 ust. 1 pkt 2 ustawy z dnia 5 lipca 2001 r. o cenach (t.j. Dz. U. z 2013 r., poz. 385), który zawiera z kolei definicję ceny jednostkowej. Wobec tego do ceny jednostkowej nie stosuje się ani art. 3 ust. 1 pkt 1, ani art. 3 ust. 1 pkt 2 ustawy z dnia 5 lipca 2001 r. o cenach (t.j. Dz. U. z 2013 r., poz. 385). Jak słusznie wskazuje Krajowa Izba Odwoławcza, „odesłanie w ustawie P.z.p. przez ustawodawcę do definicji ceny zawartej w art. 3 ust. 1 pkt 1 ustawy o cenach należy rozpatrywać w kontekście całkowitej ceny oferty za wykonanie przedmiot zamówienia. Istotnym jest, że przepisy ustawy P.z.p. pojęcie "cena" odnoszą wyłącznie do ceny oferty (np. art. 2 pkt 5 oraz art. 91 ust. 2 P.z.p.) i w tym też zakresie znajduje zastosowanie definicja ceny zawarta w ustawie o cenach. Zdaniem Izby badanie zgodności z przywołanymi przepisami ustawy pojedynczej pozycji kalkulacji w ofercie Odwołującego nie jest prawidłowe. Art. 14 P.z.p. nakazuje do czynności podejmowanych w postępowaniu stosować przepisy kodeksu cywilnego, jeżeli przepisy ustawy nie stanowią inaczej. Skoro zatem pojęcie "cena" odnosi się na gruncie przepisów P.z.p. do ceny oferty, a posiłkowo stosować można wyłącznie przepisy kodeksu cywilnego, to nie ma podstaw prawnych do odwołania się do ustawy o cenach w zakresie niezgodności z jej przepisami jednej pozycji wyceny i wywodzenia na tej podstawie niezgodności oferty z treścią SIWZ i domaganie się odrzucenia oferty na podstawie art. 89 ust. 1 pkt 2 P.z.p. Wobec powyższego Zamawiający winien za cenę przyjąć całkowitą cenę oferty za wykonanie usługi na którą składała się suma wartości wszystkich jej elementów.” (wyrok Krajowej Izby Odwoławczej z dnia 21 grudnia 2010 r., KIO/UZP 2645/10). Tak samo uznała Krajowa Izba Odwoławcza w wyroku z dnia 24 października 2008 r., sygn. akt KIO/UZP 1093/08, dodając jednocześnie, że brak jest w takim przypadku podstaw do odrzucenia oferty na podstawie art. 89 ust. 1 pkt 6 Pzp.

Co więcej, błąd w obliczeniu ceny oznacza błąd w obliczeniu ceny oferty (tj. za całość świadczenia): „Błąd wskazywany jako przesłanka odrzucenia oferty w art. 89 ust. 1 pkt 6 Pzp musi się przy tym odnosić do ceny rozumianej zgodnie z art. 2 pkt 1, tj. do ceny za całość świadczenia.” (W. Dzierżanowski, Komentarz do art. 89 ustawy Prawo zamówień publicznych [w:] Prawo zamówień publicznych, Komentarz, LEX 2012).

Jak zostało wskazane w dalszej części uzasadnienia odwołania cena ofertowa została obliczona przez Odwołującego zgodnie z pkt 12.6. SIWZ, tj. jako suma dwóch iloczynów: ceny jednostkowej brutto odbioru i zagospodarowania odpadów zmieszanych i prognozowanej ilości odpadów zmieszanych w okresie trwania umowy oraz ceny jednostkowej brutto odbioru i zagospodarowania odpadów segregowanych i prognozowanej ilości odpadów segregowanych w okresie trwania umowy, przy czym jeden z tych iloczynów miał wartość ujemną. Odwołujący nie popełnił więc żadnego błędu w obliczeniu ceny. Analizując treść SIWZ trzeba zarazem wskazać, że Zamawiający nie wymagał, aby

poszczególne ceny jednostkowe były większe od zera. W konsekwencji nie można ofercie Odwołującego zarzucić niezgodności z SIWZ. Na kwestię tę także zwraca się uwagę w orzecznictwie: „Izba podkreśla, że w zakresie przedmiotowego postępowania nie bez znaczenia jest fakt, iż Zamawiający nie zawarł zapisu, że poszczególne elementy całkowitej ceny oferty nie mogą być ustalane na poziomie "0" lub też ujemnym” (wyrok Krajowej Izby Odwoławczej z dnia 21 grudnia 2010 r., KIO/UZP 2645/10).

Okoliczność, że jednostkowa cena ujemna jest dla Zamawiającego niepożądana (z niezrozumiałych względów) nie może negatywnie skutkować dla Odwołującego, w sytuacji gdy Zamawiający w SIWZ nie wskazał, że będzie akceptował jedynie ceny jednostkowe dodatnie. Warto bowiem podkreślić, że „żaden przepis ustawy nie wymaga od wykonawcy podania w ofercie ceny rozumianej jako wartość większa od 0” (wyrok Krajowej Izby Odwoławczej z dnia 3 stycznia 2012 r., sygn. KIO 2725/12). Nie mamy także w tym przypadku do czynienia z błędem w obliczeniu ceny, który „oznacza wadliwy sposób ustalenia ceny, który może być wynikiem niewłaściwego zastosowania wytycznych zamawiającego, wyartykułowanych w treści SIWZ lub błędnego zastosowania bezwzględnie obowiązujących przepisów prawa, np. w przypadku stawki VAT.” (wyrok Krajowej Izby Odwoławczej z dnia 18 stycznia 2013 r., sygn. akt KIO 18/13).

Jak wskazał Odwołujący Zamawiający twierdzi także, że oferta Odwołującego ma charakter oferty wariantowej z uwagi na zastosowanie ujemnych stawek jednostkowych za odbiór i zagospodarowanie odpadów zbieranych selektywnie. Zarzut ten jest całkowicie chybiony. Zgodnie bowiem z art. 2 pkt 7 Pzp, oferta wariantowa to „oferta przewidującą, zgodnie z warunkami określonymi w specyfikacji istotnych warunków zamówienia, odmienny niż określony przez zamawiającego sposób wykonania zamówienia publicznego”. Jak wskazuje się w literaturze, „oferta wariantowa to taka oferta, która zawiera propozycje odmienne od wskazanych w specyfikacji istotnych warunków zamówienia, np. w zakresie rozwiązań technicznych czy rodzaju stosowanych materiałów. Dopuszczenie możliwości złożenia oferty wariantowej skutkuje tym, że wykonawca składający taką ofertę odpowiada za projekt, zastosowane technologie, przyjęte rozwiązania konstrukcyjne, techniczne czy organizacyjne - a w konsekwencji za osiągnięcie parametrów eksploatacyjnych oraz efektów pożądanых przez zamawiającego.” (P. Granecki, Komentarz do art. 2 ustawy Prawo zamówień publicznych [w:] Prawo zamówień publicznych, Komentarz, Legalis 2021). Zgodnie z orzecznictwem, „ofertę wariantową charakteryzuje odmienny sposób wykonania zamówienia, tj. prezentuje ona inną niż przyjęta przez zamawiającego koncepcję uzyskania tego samego efektu za pomocą innych rozwiązań technicznych, zaś o możliwości składania ofert wariantowych decyduje zamawiający” (wyrok Krajowej Izby Odwoławczej z dnia 20 września 2011 r., sygn. KIO 1908/11). Wariantowość oferty odnosi się więc do sposobu wykonania samego zamówienia - a więc w niniejszej sprawie - usługi odbioru i

zagospodarowania odpadów komunalnych od właścicieli nieruchomości położonych na terenie miasta Żory. Sposobu wykonania usługi nie można utożsamiać z zasadami rozliczeń między stronami czy też kalkulacją oferty. Sposób wykonania usługi przez Odwołującego będzie bowiem w pełni zgodny z opisem przedmiotu zamówienia, określonym w SIWZ. Błędnie więc twierdzi Zamawiający, iż oferta Odwołującego nosi znamiona oferty wariantowej i z tych względów jest niezgodna z SIWZ. Na marginesie należy także wskazać, że także sposób rozliczania się stron umowy będzie zgodny z SIWZ. Zamawiający twierdzi także, że stosowanie ujemnych stawek za odbiór i zagospodarowanie odpadów segregowanych może doprowadzić do sytuacji, iż to wykonawca będzie płacił Zamawiającemu, gdyż wartość odpadów odebranych w sposób selektywny z uwagi na ich dużą ilość może być większa niż wartość odebranych zmieszanych odpadów komunalnych. Odnośnie tej kwestii należy więc podkreślić, iż Zamawiający przyjął, że udział odpadów segregowanych w całej masie odpadów komunalnych wynosi niemal 60 % (58,87%). Jest to bardzo wysoki wskaźnik, przy czym Odwołujący nie kwestionował tego założenia, gdyż strony zgodnie z § 6 ust. 4 projektu umowy, który stanowi załącznik nr 2 do SIWZ (dalej 'projekt umowy'), będą rozliczać się według ilości rzeczywiście odebranych i zagospodarowanych odpadów. Wobec tego udział procentowy poszczególnych frakcji odpadów przyjęty przez Zamawiającego pozostaje bez znaczenia dla rozliczeń między stronami. Jak się wydaje, Zamawiający wskaźnik na poziomie 60 % przyjął z Planu gospodarki odpadami dla województwa śląskiego, stanowiący załącznik do uchwały nr IV/25/II/12 Sejmiku Województwa Śląskiego z dnia 24 sierpnia 2012 r. sprawie przyjęcia 'Planu gospodarki odpadami dla województwa śląskiego', dalej 'WPGO'. Na str. 63 WPGO w tabeli 28 (w załączeniu) wskazano ile poszczególnych odpadów jest wytwarzanych przez jedną osobę. Ilość odpadów wytwarzanych podlegających segregacji należy jednak odróżnić od ilości odpadów faktycznie segregowanych. O ile rzeczywiście w całej masie odpadów, odpadów podlegających segregacji może być ok. 60%, to faktyczna ilość odpadów segregowanych i zbieranych jest znacznie mniejsza. Założenie Zamawiającego, iż odpadów segregowanych w całej masie odpadów będzie ok. 60 % jest założeniem idealnym, lecz nierealnym, biorąc pod uwagę, że system gospodarowania odpadami, który zacznie obowiązywać od 1 lipca 2013 r. jest całkowicie nowy, a mieszkańcy, właściciele nieruchomości nie są przyzwyczajeni do segregowania odpadów. Warto także podkreślić, że WPGO, str. 223, Tabela 110, poz. 3 w załączeniu), odsetek odpadów komunalnych zebranych selektywnie w 2013 r. ma wynieść według prognoz 11%, a w 2020 r. - 33 % (a więc ponad dwa razy mniej niż zakłada Zamawiający). Nawet jednak przy nierealnym poziomie 60 % odpadów segregowanych zebranych od właścicieli nieruchomości, to zawsze Zamawiający będzie płacił wykonawcy z uwagi na bardzo wysokie koszty zagospodarowania odpadów zmieszanych.

Odwołujący ponadto wskazał, iż jednocześnie jak wynika z pkt 3.III. Informacje dodatkowe pkt 5 SIWZ, celem Zamawiającego jest, aby co najmniej 25 % odpadów wytwarzanych przez właścicieli nieruchomości było segregowanych - wskaźnik ten jest więc ponad dwa razy niższy niż przyjęte w formularzu ofertowym 60 %.

W związku z tym nie występuje żadna możliwość, aby to wykonawca płacił Zamawiającemu za wykonaną usługę. Tym samym nie mamy także do czynienia z umową sprzedaży, jak sugeruje Zamawiający. Jednocześnie należy zauważyć, że przy cenach jednostkowych - zarówno w formularzu ofertowym, stanowiącym załącznik nr 1 do SIWZ, i jak i w § 6 projektu umowy, Odwołujący nie posługiwał się ceną netto oraz nie wskazywał podatku VAT (czy to kwota czy to stawka); Zamawiający żądał podania ceny jednostkowej brutto (wraz ze stawką VAT). Cena jednostkowa, jak wyżej wykazano, może być natomiast ujemna. Ponadto z § 6 ust. 4 projektu umowy wynika, że rzeczywiste wynagrodzenie wykonawcy z tytułu wykonania usługi stanowić będzie wynik (suma) iloczynów rzeczywiście odebranych i zagospodarowanych odpadów i cen jednostkowych - wynagrodzenie to będzie miało zawsze dodatnią wartość z uwagi na to, że faktyczny udział odpadów segregowanych w całej masie odpadów komunalnych będzie wynosił 60 % (a faktycznie dużo mniej). W związku z tym to zawsze wykonawca będzie wystawiał fakturę Zamawiającemu, zgodnie z § 6 ust. 3 i 6 projektu umowy.

Nadto Odwołujący podkreślił, iż zgodnie z art. 2 pkt 13 Pzp, zamówienia publiczne to umowy odpłatne zawierane między zamawiającym a wykonawcą, których przedmiotem są usługi, dostawy lub roboty budowlane. Istotą tych umów jest więc odpłatność, przy czym w orzecznictwie podkreśla się, że *„w doktrynie prawa cywilnego przyjmuje się, że przez umowę odpłatną należy rozumieć umowę, na mocy której strona dokonująca przysporzenia na rzecz drugiej strony otrzymuje w zamian korzyść majątkową. Odpłatność obejmuje każdy rodzaj korzyści, które przedstawia wartość pieniężną, z tym jednak zastrzeżeniem, iż korzyść, wynikająca z umowy nie musi być uiszczana w postaci pieniężnej. Zdaniem Izby, pojęcie odpłatności należy interpretować szeroko i obejmuje ono nie tylko świadczenia pieniężne, lecz również każdy rodzaj korzyści, które zamawiający akceptuje w zamian za wykonanie zamówienia.”* (wyrok Krajowej Izby Odwoławczej z dnia 8 grudnia 2011 r., sygn. akt KIO 2542/11 oraz wyrok Krajowej Izby Odwoławczej z dnia 3 stycznia 2012 r., sygn. akt KIO 2725/11). Niewątpliwie umowa, która Zamawiający zawrze z wybranym wykonawcą będzie miała więc charakter odpłatny, a korzyścią wykonawcy będzie wynagrodzenie pieniężne za odbiór i zagospodarowanie odpadów komunalnych zmieszanych oraz korzyść w postaci surowców wtórnych, które także posiadają określoną wartość pieniężną. Należy także zauważyć, że zgodnie z pkt 12.6. SIWZ, wykonawca miał obowiązek uwzględnić w cenie oferty m.in. zysk ze sprzedaży surowców wtórnych. Zysk ten w przypadku Odwołującego jest na tyle duży, że cena jednostkowa odbioru i zagospodarowania odpadów segregowanych

jest wartością ujemną. Całkowicie niezrozumiała i nielogiczna jest sugestia Zamawiającego, że wykonawca zysk ze sprzedaży odpadów segregowanych miał obowiązek uwzględnić w cenie za odbiór i zagospodarowanie odpadów zmieszanych - takiego obowiązku bowiem Zamawiający w SIWZ nie nałożył, jak również nie zakazał ustalenia ceny jednostkowej na poziomie poniżej 0 zł.

Według Odwołującego, oczywistym jest, że zysk ze sprzedaży surowców wtórnych uwzględnia się w cenie jednostkowej za odpady segregowane, a nie za odpady zmieszane (co jednak niewątpliwie byłoby korzystniejsze dla Zamawiającego, w sytuacji gdy ilość odpadów zmieszanych odebranych od właścicieli nieruchomości będzie większa niż zakładane 40 % - być może dlatego zajmuje takie właśnie stanowisko). Ponadto jeśli dla Zamawiającego - jak twierdzi - tak istotne były stawki jednostkowe, miał prawo tak skonstruować formularz ofertowy, aby to one faktycznie decydowały o cenie oferty. Ponieważ jednak przy obliczeniu ceny oferty Zamawiający zobowiązał wykonawców do przyjęcia określonych ilości odpadów segregowanych i zmieszanych, to powinien liczyć się z tym, że dla odpadów segregowanych koszt ich zagospodarowania jest znacznie niższy aniżeli koszt zagospodarowania odpadów zmieszanych, a w przypadku gdy proporcja odpadów zmieszanych do segregowanych będzie faktycznie znacząco inna niż ta przyjęta w ofercie (40%/60%) faktyczny koszt usługi będzie kształtował się znacząco inaczej (najprawdopodobniej będzie wyższy) niż zakładał to Zamawiający. Konsekwencje swoich nieprzemysłanych działań ma obowiązek ponosić jednak Zamawiający, a nie wykonawcy.

Należy także podkreślić, że zamówienia na odbiór i zagospodarowanie odpadów komunalnych cechują się znaczną odmiennością od standardowych zamówień na usługi, bowiem o ile koszt zagospodarowania odpadów komunalnych zmieszanych jest wysoki, to odpady zbierane selektywnie posiadają określoną wartość ekonomiczną i pomimo tego, że wykonawca musi ponieść koszty odbioru, to instalacja, która zagospodarowuje odpady zbierane selektywnie, płaci wykonawcy za ich przekazanie. Z tych też względów jeśli Zamawiający w formularzu ofertowym rozbija cenę usługi na odpady zmieszane i selektywnie zebrane, przy tych drugich wykonawcy niejednokrotnie wskazują ceny ujemne. Jest to powszechnie stosowana praktyka, a inni zamawiający tego typu ofert nie odrzucają. Także Krajowa Izba Odwoławcza w niedawnym wyroku z dnia 23 maja 2013 r., sygn. akt KIO 1096/13 oddaliła odwołanie, nie kwestionując dopuszczalności ujemnych cen jednostkowych w przypadku zamówień na odbiór i zagospodarowanie odpadów komunalnych. Odwołujący zauważa także, że odrzucenie jego oferty nastąpiło z uszczerbkiem dla budżetu miasta.

Zamawiający w sektorze nr 1 wybrał jako najkorzystniejszą ofertę, której cena wynosi 1.124.630,18 zł, podczas gdy cena oferty Odwołującego wyniosła 719.152,99 zł, czyli była niemal dwa razy tańsza. Takie działanie Zamawiającego narusza zasadę celowego i

oszczędnego dokonywania wydatków z budżetu jednostki samorządu terytorialnego, określonej w art. 44 ust. 3 pkt 1 oraz art. 254 pkt 3 i 4 ustawy z dnia 27 sierpnia 2009 r. o finansach publicznych (Dz .U. Nr 157, poz. 1240 z późn. zm.). Ponadto naruszenie przepisów o zamówieniach publicznych, jeżeli miało wpływ na wynik postępowania o udzielenie zamówienia publicznego - a w niniejszej sprawie miało, gdyż doprowadziło do wyboru oferty, która nie była najkorzystniejsza - stanowi naruszenie dyscypliny finansów publicznych w świetle art. 17 ustawy z dnia 17 grudnia 2004 r. o odpowiedzialności za naruszenie dyscypliny finansów publicznych (t. j. Dz. U. z 2013 r., poz. 168). W związku z powyższym, w ocenie Odwołującego, odwołanie jako całkowicie uzasadnione, zasługuje na uwzględnienie.

Sygn. akt KIO 1299/13

W dniu 21.05.2013 r. Zamawiający przekazał Odwołującemu informację o wyborze oferty najkorzystniejszej i odrzuceniu złożonej przez niego oferty na podstawie art. 89 ust. 1 pkt 2 i 6 ustawy Pzp.

Odwołanie zostało wniesione do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej w dniu 31.05.2013 r. od niezgodnych z przepisami ustawy czynności i zaniechań Zamawiającego - Gminy Miejskiej Żory.

Odwołujący postawił następujące zarzuty wskazując, iż w toku przedmiotowego postępowania naruszono następujące przepisy:

1. art. 89 ust. 1 pkt 1 Pzp poprzez bezpodstawne odrzucenie oferty Remondis jako niezgodnej z ustawą;
2. art. 89 ust. 1 pkt 2 Pzp poprzez bezpodstawne uznanie, iż oferta Remondis jest niezgodna z treścią SIWZ;
3. art. 89 ust. 1 pkt 6 Pzp poprzez bezpodstawne uznanie, iż oferta Remondis zawiera błąd w obliczeniu ceny;
4. oraz innych przepisów wskazanych lub wynikających z uzasadnienia niniejszego Odwołania.

Odwołujący wniósł o uwzględnienie odwołania i nakazanie Zamawiającemu:

1. unieważnienia wyboru oferty najkorzystniejszej;
2. dokonania powtórnej czynności badania i oceny ofert;
3. dokonanie wyboru oferty Odwołującego jako oferty najkorzystniejszej.

Odwołujący wskazał, iż informację o wyborze oferty najkorzystniejszej otrzymał dnia 21 maja 2013 r. faksem, zatem 10-dniowy termin na wniesienie odwołania został zachowany.

Odwołujący podniósł ponadto, iż ma interes we wniesieniu niniejszego odwołania. W wyniku naruszenia przez Zamawiającego ww. przepisów ustawy, interes Odwołującego w uzyskaniu zamówienia doznał uszczerbku, gdyż w przypadku prawidłowego działania Zamawiającego i nieodrzczenia oferty Odwołującego, oferta złożona przez niego zostałaby uznana za ofertę najkorzystniejszą. Nie ulega wątpliwości, iż wskutek niezgodnych z przepisami ustawy działań i zaniechań Zamawiającego Odwołujący może ponieść szkodę, gdyż nie uzyska przedmiotowego zamówienia.

W uzasadnieniu odwołania zostało wskazane, iż w dniu 21 maja 2013 r. Zamawiający przekazał wykonawcom zawiadomienie o wyniku postępowania, informując jednocześnie o podstawach odrzucenia oferty Odwołującego. Analiza przedstawionej przez Zamawiającego argumentacji wskazuje, iż jest ona bezpodstawna.

W ocenie wnoszącego odwołanie Zamawiający mylnie przyjmuje, iż to cena oferty Odwołującego, w rozumieniu określonym w art. 2 pkt 1 Pzp przyjmuje wartość ujemną, przez co oferta podlega odrzuceniu na podstawie art. 89 ust. 1 pkt 6 Pzp.

Jego zdaniem ceną oferty Odwołującego są odpowiednio dla każdej z 4 części postępowania kwoty brutto: 814 233,38 zł, 673 119,33 zł, 415 365,24 zł, 785 176,72 zł. Są to wartości będące cenami w rozumieniu art. 3 ust. 1 pkt 1 ustawy z dnia 5 lipca 2001 r. o cenach (Dz.U. Nr 97, poz. 1050, z późn. zm.), dalej: „ustawa o cenach”, do której odsyła art. 2 pkt 1 Pzp, zaś wskazywane przez Zamawiającego jako ceny kwoty ujemne, nie są cenami, o których mowa w art. 2 pkt 1 Pzp. Są to elementy składowe ceny oferty Odwołującego, służące do jej kalkulacji na potrzeby Postępowania, nie są one natomiast ceną oferty, której błędy w obliczeniu mogą stanowić przesłankę odrzucenia oferty.

Zgodnie z art. 3 ust. 1 pkt 1 ustawy o cenach, za cenę uważa się wartość wyrażoną w jednostkach pieniężnych, którą kupujący jest obowiązany zapłacić przedsiębiorcy za towar lub usługę. Ceny jednostkowe za 1 tonę danej kategorii odpadów, jak również wartość brutto wskazywana w formularzu ofertowym nie stanowią ceny w powyższym rozumieniu, lecz są elementami składowymi. Przedmiotem Postępowania i umowy o zamówienie publiczne jest usługa odbierania i zagospodarowania odpadów i to wynagrodzenie za całość tej usługi, o którym mowa § 6 ust. 1 wzoru umowy, stanowi wartość wyrażoną w jednostkach pieniężnych, którą kupujący jest obowiązany zapłacić przedsiębiorcy, a więc cenę w jej ścisłym rozumieniu, zgodnie z definicją art. 2 pkt 1 Pzp.

Na potwierdzenie swojej argumentacji wskazał wyrok Krajowej Izby Odwoławczej z dnia 2010-12-21, sygn. KIO 2645/10: „Izba podkreśla, że w zakresie przedmiotowego

postępowania nie bez znaczenia jest fakt, iż Zamawiający nie zawarł zapisu, że poszczególne elementy całkowitej ceny oferty nie mogą być ustalane na poziomie "0" lub też ujemnym a powołał się na definicję ceny zawartej w ustawie o cenach. Zgodnie z art. 3 ust. 1 pkt 1 ww. ustawy za cenę należy uznać wartość wyrażoną w jednostkach pieniężnych, którą kupujący jest obowiązany zapłacić przedsiębiorcy za towar lub usługę. W cenie uwzględnia się podatek od towarów i usług oraz podatek akcyzowy, jeżeli na podstawie odrębnych przepisów sprzedaż towaru (usługi) podlega obciążeniu podatkiem od towarów i usług oraz podatkiem akcyzowym. W pierwszej kolejności Izba wskazuje, że odesłanie w ustawie Pzp przez ustawodawcę do powyższej definicji ceny zawartej w ustawie o cenach należy rozpatrywać w kontekście całkowitej ceny oferty za wykonanie przedmiot zamówienia w tym przypadku usługi polegającej na obsłudze bankowej budżetu miasta Zabrze. Istotnym jest, że przepisy ustawy Pzp pojęcie "cena" odnoszą wyłącznie do ceny oferty (np. art. 2 pkt 5 oraz art. 91 ust. 2 Pzp) i w tym też zakresie znajduje zastosowanie definicja ceny zawarta w ustawie o cenach. Zdaniem Izby badanie zgodności z przywołanymi przepisami ustawy pojedynczej pozycji kalkulacji w ofercie Odwołującego nie jest prawidłowe. Art. 14 Pzp nakazuje do czynności podejmowanych w postępowaniu stosować przepisy kodeksu cywilnego, jeżeli przepisy ustawy nie stanowią inaczej. Skoro zatem pojęcie "cena" odnosi się na gruncie przepisów Pzp do ceny oferty, a posłkowo stosować można wyłącznie przepisy kodeksu cywilnego, to nie ma podstaw prawnych do odwołania się do ustawy o cenach w zakresie niezgodności z jej przepisami jednej pozycji wyceny i wywodzenia na tej podstawie niezgodności oferty ING z treścią siwz i domaganie się odrzucenia oferty na podstawie art. 89 ust. 1 pkt 2 Pzp. (orzeczenie Krajowej Izby Odwoławczej o Sygn. akt KIO/UZP 1093/08). Wobec powyższego Zamawiający winien za cenę przyjąć całkowitą cenę oferty za wykonanie usługi na którą składała się suma wartości wszystkich jej elementów, tj. koszt usług bankowych (CB) oraz oprocentowania środków (CO), w okresie 5 lat. ”

W dalszej części uzasadnienia zostało wskazane, iż fakt roboczego określania tych kwot w SIWZ jako „ceny” nie wpływa na prawne rozumienie tego pojęcia jako ceny oferty Odwołującego. Zatem, do tychże kwot służących kalkulacji ceny za przedmiot zamówienia nie ma zastosowania art. 2 pkt 1 Pzp, a zatem również - ustawa o cenach. Zamawiający błędnie stosuje art. 2 pkt 1 Pzp do pojęć, którymi posługuje się w SIWZ – przyjęte rozumienie znajduje obligatoryjne zastosowanie jedynie na gruncie ustawy Pzp („ilekroć w ustawie jest mowa”).

Podniósł również, że wzór umowy stanowi w § 6 ust. 1, iż wstępne wynagrodzenie za całkowity przedmiot zamówienia wynosi (tu miejsce na wskazanie ceny oferty dla poszczególnych części), zgodnie ze wzorem kalkulacji kosztów zawartej w druku oferty - jest to kwota dodatnia, zgodnie z formularzem ofertowym, zawierająca w sobie należny podatek VAT. Postanowienia § 6 wzoru umowy wskazują, iż wbrew twierdzeniom Zamawiającego,

uzyskana wskutek przedstawionej w formularzu ofertowym suma, nie służy jedynie porównaniu złożonych ofert, ale jest podstawowym wynagrodzeniem wykonawcy - ceną w ścisłym rozumieniu.

W ocenie Odwołującego bezpodstawne są również twierdzenia Zamawiającego, iż Odwołujący dokonał wyceny oferty bez uwzględnienia wszystkich kosztów. Odwołujący był wzywany do wyjaśnień w zakresie elementów mających wpływ na wysokość ceny i złożył obszernie wyjaśnienia, obejmujące zarówno cenę całej oferty, jak i elementy składowe ceny. Do wyjaśnień załączono szczegółową kalkulację kosztów wraz z potwierdzającymi ją dokumentami. Wyjaśnienia w sposób jasny i przekonujący wykazywały, iż Remondis nie tylko uwzględnił wszystkie koszty realizacji zamówienia, ale także odpowiedni poziom zysku, który wykazywany jest zarówno na poziomie ceny oferty, jak i wartości dla każdej z kategorii odpadów. Odwołujący w tym miejscu wskazał, że podkreślić należy, iż Zamawiający nie wskazał rażąco niskiej ceny oferty Remondis jako podstawy odrzucenia.

Ponadto, wbrew twierdzeniom Zamawiającego, obowiązkiem Odwołującego nie było uwzględnienie w ofercie zysku w taki sposób, aby w dalszym ciągu oferowana przez niego kwota była ceną w rozumieniu SIWZ i ustawy o cenach (obowiązek taki nie wynika z żadnej regulacji prawa zamówień publicznych). Obowiązkiem Odwołującego było natomiast dokonanie rzetelnej i realnej wyceny przedmiotu zamówienia, zgodnie z warunkami rynkowymi i poszanowaniem zasad uczciwej konkurencji. Odwołujący dopełnił tego obowiązku, co potwierdzają ww. wyjaśnienia przedstawione w odpowiedzi na wezwanie Zamawiającego. Należy wskazać, iż to właśnie sugerowane przez Zamawiającego w treści uzasadnienia odrzucenia oferty rozwiązanie, polegające na „skorygowaniu o zysk ceny jednostkowej za odpady zmieszane” mogłoby zostać uznane za przejaw nierzetelnej kalkulacji i manipulacji cenowej oferty Odwołującego.

Zdaniem Odwołującego bezpodstawne jest również uznanie przez Zamawiającego, iż oferta Remondis jest niezgodna z ustawą i jako taka podlega odrzuceniu na podstawie art. 89 ust. 1 pkt 1 Pzp.

Uwzględniając powyższą argumentację dotyczącą identyfikacji ceny oferowanej przez Odwołującego podkreślił, iż brak jest jakichkolwiek podstaw do uznania, iż zawarta w ofercie Remondis kalkulacja może doprowadzić do powstania po stronie Odwołującego zobowiązania pieniężnego wobec Zamawiającego lub też „zamiany ról” pomiędzy kupującym i sprzedającym w trakcie realizacji zamówienia. Taką sytuację uniemożliwia chociażby sama konstrukcja umowy, która nie przewiduje i w żaden sposób nie umożliwia zaistnienia takiej sytuacji.

Jak wskazał Odwołujący przedmiotem umowy o zamówienie publiczne jest realizacja usługi objętej postępowaniem, która będzie świadczona przez Wykonawcę na rzecz Zamawiającego w zamian za określone w umowie wynagrodzenie. Zarówno ryzyko realizacji

umowy związane z możliwością poniesienia dodatkowych kosztów, jak i ewentualne zwiększenie przewidzianego zysku są kwestiami niezależnymi od łączącego obie strony stosunku zobowiązaniowego.

Okoliczności te stanowią naturalny z ekonomicznego punktu widzenia element ryzyka prowadzenia działalności gospodarczej i, o ile nie zostaje to wyraźnie wskazane w umowie lub nie wynika z przepisów prawa (np. klauzula siły wyższej lub rewaloryzacyjna), nie zmieniają zakresu świadczenia po żadnej ze stron.

Umowa, która została by zawarta na podstawie wzoru umowy załączonego do SIWZ i oferty Odwołującego, nie przedstawia dla Zamawiającego ryzyka, na które powołuje się on w uzasadnieniu odrzucenia oferty, jak również nie prowadzi do jej sprzeczności z przepisami Pzp. Nie przewiduje ona wystawienia faktury z ceną ujemną (taka faktura nie byłaby zresztą fakturą prawidłowo wystawioną, o której mowa w § 6 ust. 6 umowy), jak również nie daje Zamawiającemu żadnej możliwości zobowiązania wykonawcy do świadczenia pieniężnego, w szczególności - do wystawienia faktury. Skoro mechanizm taki nie został przewidziany w umowie, strony nie miałyby żadnych podstaw ani do spełnienia świadczenia ani do wysuwania roszczeń, o których pisze Zamawiający. W szczególności, nie doszłoby do konieczności ponoszenia przez Zamawiającego żadnych dodatkowych kosztów, wszystkie bowiem świadczenia Zamawiającego wyczerpują się w wynagrodzeniu całkowitym przewidzianym za realizację zamówienia i nie mogą one przekraczać kwoty wynikającej z zadeklarowanej w ofercie kalkulacji. Jakikolwiek koszty, w tym wynikające ewentualnie z prawa podatkowego, musiałyby zostać pokryte przez Odwołującego.

Sytuacja, w której w danym okresie rozliczeniowym doszłoby do zachwiania proporcji masy odpadów odbieranych selektywnie i zmieszanych w taki sposób, iż suma iloczynów cen jednostkowych i mas odebranych odpadów dla obu kategorii - czyli suma elementów składowych ceny - byłaby liczbą ujemną jest wysoce nieprawdopodobna. Wykluczają taką możliwość zarówno szacunki Zamawiającego przedstawione w SIWZ, jak również dotychczasowe doświadczenia w tym zakresie, na które wskazywał Odwołujący w ww. wyjaśnieniach rażąco niskiej ceny. Gdyby jednak, taka hipotetyczna sytuacja miała miejsce, jedynym dopuszczalnym na gruncie prawa i postanowień umownych rozwiązaniem byłoby zaniechanie wystawienia przez Odwołującego faktury VAT za dany okres rozliczeniowy. Zgodnie z § 6 ust. 3 umowy, wystawienie faktury VAT po dokonaniu przez Zamawiającego akceptacji rozliczenia za dany okres jest uprawnieniem Wykonawcy. W przypadku braku podstaw do naliczenia wynagrodzenia na rzecz Odwołującego, brak również podstaw do wystawienia faktury VAT, a tym samym - po stronie Zamawiającego nie powstałoby w danym okresie zobowiązanie do zapłaty. Jakikolwiek inne działania, zarówno po stronie Zamawiającego, jak i Odwołującego, nie są przewidziane w umowie i nie mogłyby zostać podjęte.

Ponadto w uzasadnieniu odwołania zostało wskazane, iż w pkt 12.6 SIWZ, Zamawiający określił wyraźnie, iż w cenie podanej w ofercie, oprócz kosztów, wykonawcy zobowiązani są uwzględnić również „zyski ze sprzedaży surowców wtórnych”. Odwołujący uwzględnił poziom osiągniętych zysków ze sprzedaży odpadów segregowanych i na podstawie tej kalkulacji określił element składowy ceny za tę kategorię odpadów na poziomie takim, jak zawarty w ofercie. Przedstawione w trakcie postępowania wyjaśnienia w zakresie elementów mających wpływ na wysokość ceny oraz załączone do nich dowody, potwierdzają iż w przypadkach odpadów odbieranych selektywnie, zyski z ich odsprzedaży przekroczą koszty związane z realizacją usługi w tym zakresie. Odwołujący podkreśla, że kalkulacja ceny usługi odbierania i gospodarowania odpadami z uwzględnieniem ujemnych elementów składowych ceny jest na rynku praktyką powszechnie stosowaną i akceptowaną.

a) Szczegółowa kalkulacja kosztów i elementów składowych ceny została załączona do ww. wyjaśnień, jednak przykładowo można wskazać, iż z analizy składu morfologicznego selektywnie zebranych odpadów (w oparciu o dane podane w SIWZ) oraz doświadczenia Remondis sp. z o.o. wynika, że papier i tektura stanowią 0,336 kg w 1 Mg. Przy czym, w tej grupie odpadów tektura stanowi 70%, papier 25% a zanieczyszczenia (pozostałości po sortowaniu) 5% . Remondis sp. z o.o. posiada wieloletnie umowy ze stałymi kontrahentami, którym sprzedaje odebrane surowce wtórne po bardzo korzystnych cenach. Cena uzyskiwana przez Remondis sp. z o.o. za odbiór np. tektury wynosi 410 zł za 1 Mg., zysk Remondis sp. z o.o. wynosi 96,35 zł na tekturze znajdującej się w 1 Mg selektywnie zebranych odpadów. Podobnie w przypadku papieru, który stanowią 25% wśród papieru i tektury, a ze sprzedaży których Remondis otrzymuje 340 zł/1 Mg, a zysk ze sprzedaży wysortowanego papieru z 1 Mg odpadów selektywnie zebranych wynosi 28,53 zł. Z kolei, za zagospodarowanie zanieczyszczeń (pozostałości po sortowaniu) Remondis sp. z o.o. musi zapłacić 130 zł/1Mg.

b) Opisana powyżej szczegółowa kalkulacja została przeprowadzona dla każdej frakcji odpadów oddzielnie dla każdej z części postępowania. Przykładowo, w przypadku części nr 1 przychody ze sprzedaży surowców wtórnych wynoszą 693,17 zł, zaś wszystkie koszty odbioru surowców wtórnych (w tym m.in. koszty pracy sprzętu do selektywnej zbiórki odpadów, robocizna przy selektywnej zbiórce odpadów) oraz przy uwzględnieniu 30% kosztów ogólnych i 10% zysku Remondis sp. z o.o. wynoszą 541,17 zł. Nadwyżka przychodów nad w/w kosztami wynosi zatem 152,00 zł netto (164,16 brutto).

W ocenie Odwołującego, powyżej przedstawiona argumentacja wykazuje również bezpodstawność odrzucenia jego oferty na podstawie art. 89 ust. 1 pkt 2 Pzp polegającą na przyjęciu, iż Odwołujący zaoferował ofertę wariantową.

W jego ocenie zaoferowanie oferty wariantowej oznaczałoby, że Wykonawca oferuje więcej niż jeden sposób realizacji zamówienia. Tymczasem, oferta Remondis nie pozostawia

żadnych wątpliwości, co do sposobu realizacji przedmiotu zamówienia. Sposób realizacji usługi został jednoznacznie określony w SIWZ i oferta Odwołującego pozostaje z nim w pełni zgodna. Odwołujący nie zaproponował żadnego rozwiązania, które zostałyby określone w SIWZ jako niedopuszczalne lub które uniemożliwiłoby prawidłową realizację przedmiotu zamówienia. Powyżej wykazano, iż nie zachodzi wskazywany przez Zamawiającego przypadek zaferowania „mieszanego kontraktu” ani żadna inna okoliczność, która skutkowałaby koniecznością zmiany postanowień umownych. Podstawa odrzucenia wskazana przez Zamawiającego jest zatem całkowicie bezpodstawna.

Izba ustaliła, iż przedmiotem zaskarżenia była czynność Zamawiającego obejmująca wybór oferty najkorzystniejszej w zakresie części 1 w odwołaniu o sygn. akt KIO 1290/13 oraz w zakresie części 2, 3 oraz 4 w odwołaniu o sygn. akt KIO 1299/13, jak również czynność odrzucenia ofert Odwołujących się wykonawców na podstawie art. 89 ust. 1 pkt 1, 2 oraz 6 ustawy Pzp.

Krajowa Izba Odwoławcza, po przeprowadzeniu rozprawy w przedmiotowej sprawie, na podstawie zebranego materiału dowodowego, w tym po zapoznaniu się z dokumentacją postępowania o udzielenie zamówienia publicznego, w tym w szczególności z postanowieniami ogłoszenia o zamówieniu, treścią SIWZ, jak również po zapoznaniu się z ofertami złożonymi przez Odwołujących się wykonawców, jak również korespondencją prowadzoną w toku postępowania pomiędzy Zamawiającym a wykonawcami ubiegającymi się o udzielenie zamówienia publicznego, po zapoznaniu się z każdym z odwołań, jak również stanowiskiem Zamawiającego i złożoną przez niego odpowiedzią na każde z odwołań, po wysłuchaniu oświadczeń, jak też stanowisk stron i uczestników postępowania odwoławczego złożonych ustnie do protokołu w toku rozprawy ustaliła i zważyła, co następuje.

W pierwszej kolejności Izba ustaliła, że nie została wypełniona żadna z przesłanek, o których stanowi art. 189 ust. 2 ustawy Pzp, skutkujących odrzuceniem któregośkolwiek z odwołań.

Izba wskazuje, iż z urzędu jest zobowiązana do badania spełnienia przesłanek określonych w art. 179 ust. 1 ustawy Pzp. Izba uznała, iż odwołującym przysługuje prawo do skorzystania ze środków ochrony prawnej, gdyż w zakresie obu odwołań (sygn. akt KIO

1290/13 oraz KIO 1299/13) wypełniono materialnoprawną przesłankę interesu w uzyskaniu zamówienia, określoną w art. 179 ust. 1 ustawy Pzp kwalifikowaną możliwością poniesienia szkody przez Odwołujących będącą konsekwencją zaskarżonej w odwołaniu czynności. Obaj odwołujący złożyli w przedmiotowym postępowaniu oferty. Kwestionowane przez Odwołującego w odwołaniu o sygn. akt KIO 1290/13 czynności Zamawiającego zmierzają do przywrócenia oferty Odwołującego w ramach części 1, gdzie złożył on ofertę najkorzystniejszą ekonomicznie. Odwołujący Remondis w ramach odwołania o sygn. akt KIO 1299/13 podważa czynności Zamawiającego, które doprowadziły do odrzucenia jego oferty. Wykonawca ten złożył najkorzystniejszą ekonomicznie ofertę w zakresie części nr 2, 3 oraz 4.

Tym samym Izba stwierdziła, iż odwołania, wobec nie stwierdzenia braków formalnych oraz w związku z uiszczeniem przez Odwołujących wpisów, podlegają rozpoznaniu.

W pierwszej kolejności Izba ustaliła, iż do postępowania wywołanego odwołaniem wykonawcy Konsorcjum ALBA Południe Polska Spółka z o.o. oraz ALBA MPGK Spółka z o.o. (KIO 1290/12) skutecznie przystąpił, działając na podstawie art. 185 ust. 2 ustawy Pzp, po stronie Odwołującego wykonawca Remondis Spółka z o.o. oraz po stronie Zamawiającego wykonawca Zakład Techniki Komunalnej Spółka z o.o. i wykonawca Przedsiębiorstwo Usług Komunalnych Spółka z o.o.

Izba ustaliła ponadto, iż do postępowania wywołanego odwołaniem wykonawcy Remondis Spółka z o.o. (KIO 1299/13) skutecznie przystąpili po stronie Zamawiającego, działając na podstawie art. 185 ust. 2 ustawy Pzp wykonawca Zakład Techniki Komunalnej Spółka z o.o.; wykonawca Przedsiębiorstwo Usług Komunalnych Spółka z o.o. oraz Przedsiębiorstwo – Produkcyjno – Handlowo – Usługowe KOMART Spółka z o.o.

Izba w zakresie odwołania o sygn. akt KIO 1299/13 nie dopuściła wykonawców Konsorcjum ALBA Południe Polska Spółka z o.o. oraz ALBA MPGK Spółka z o.o. zgłaszających swoje przystąpienie po stronie Odwołującego ze względu na wniesienie tego przystąpienia z uchybieniem ustawowego terminu.

Izba dopuściła w niniejszej sprawie dowody z dokumentacji postępowania o zamówienie publiczne, nadesłanej przez Zamawiającego do akt sprawy w kopii potwierdzonej za zgodność z oryginałem, w szczególności z treści ogłoszenia o zamówienia, treści SIWZ wraz z załącznikami (w tym w szczególności projektu umowy), ofert złożonych w ramach przedmiotowego postępowania przez Odwołujących się wykonawców oraz

korespondencji prowadzonej w toku postępowania pomiędzy Zamawiającym a wykonawcami ubiegającymi się o udzielenie zamówienia.

Biorąc pod uwagę zgromadzony w sprawie materiał dowodowy oraz zakres zarzutów podniesionych w odwołaniach Izba stwierdziła, że oba odwołania podlegają oddaleniu.

Izba dokonała następujących ustaleń faktycznych w zakresie obu odwołań.

W pierwszej kolejności Izba ustaliła, iż przedmiotem postępowania jest świadczenie usługi polegającej na odbieraniu i zagospodarowaniu odpadów komunalnych, zarówno zmieszanych odpadów komunalnych, jak i odpadów gromadzonych w sposób selektywny, tj. papieru, tworzyw sztucznych, szkła białego i kolorowego, opakowań wielomateriałowych, metali, odpadów ulegających biodegradacji, odpadów wielkogabarytowych, zużytego sprzętu elektrycznego i elektronicznego z nieruchomości które zamieszkują mieszkańcy i nieruchomości mieszanych, a więc usługa której udzielenie przez jednostki samorządu terytorialnego reguluje w pierwszej kolejności ustawa z dnia 13 września 1996 r. o utrzymaniu czystości i porządku w gminach (tekst jednolity Dz. U. z 2012 r., poz. 391 z późn. zm.), o czym stanowi art. 6g ww. ustawy wskazując, że: *„Do przetargów, o których mowa w art. 6d ust. 1, w zakresie nieuregulowanym w niniejszej ustawie stosuje się ustawę z dnia 29 stycznia 2004 r. – Prawo zamówień publicznych”*.

Następnie Izba ustaliła, iż Zamawiający w pkt 12 SIWZ zatytułowanym „Opis sposobu obliczenia ceny” zawarł następujące postanowienia:

1. Cena oferty winna być zgodna z zapisami art. 3 ust. 1 pkt. 1 ustawy o cenach z dnia 5 lipca 2001 r.
2. Łączną cenę oferty na poszczególną część należy obliczyć uwzględniając zakres zamówienia określony w niniejszej specyfikacji.
3. Łączną cenę należy podać w PLN w formularzu oferty – Załącznik Nr 1 do SIWZ.
4. Cena określona przez Wykonawcę w ofercie nie może ulec zmianie w czasie trwania umowy z zastrzeżeniem art. 144 ust. 1 ustawy pzp.

5. Szczegółową kalkulację cen ująć w rozbiciu na zmieszane odpady komunalne oraz segregowane odpady komunalne zgodnie z kalkulacją zawartą w druku oferty.

6. Cenę podaną w ofercie należy obliczyć uwzględniając całkowite koszty związane z odbiorem i zagospodarowaniem odpadów komunalnych, z uwzględnieniem kosztów transportu, kosztów wydruków harmonogramów odbioru odpadów oraz ewentualne ich zmiany, kosztów ich dostarczenia właścicielom nieruchomości, a także z uwzględnieniem opłaty za umieszczenie odpadów na składowisku - tzw. opłaty marszałkowskiej - dla masy odpadów, których unieszkodliwienie przez składowanie będzie konieczne podczas zagospodarowania odpadów odebranych przez Wykonawcę oraz z uwzględnieniem zysków ze sprzedaży surowców wtórnych.

6. Cena ofertowa na poszczególną część powinna być podana następująco:

a. Zmieszane odpady komunalne – cena jednostkowa zł/Mg brutto oraz wartość całkowita brutto - przy uwzględnieniu prognozowanej ilości odpadów w okresie trwania umowy.

b. Segregowane odpady komunalne - cena jednostkowa zł/Mg brutto oraz wartość całkowita brutto - przy uwzględnieniu prognozowanej ilości odpadów w okresie trwania umowy,

c. suma wartości całkowitych brutto o których mowa w punkcie a i b.

7. Do porównania ofert będzie brana pod uwagę cena całkowita brutto, o której mowa w punkcie 6c (z VAT). Cena brutto (z VAT) oferty musi być podana cyfrowo i słownie, wyrażona w złotych polskich w zaokrągleniu do dwóch miejsc po przecinku (grosze).

8. Nie dopuszcza się stosowania opustów (zarówno do cen jednostkowych, jak również do ogólnej ceny oferty).

Izba ustaliła ponadto, iż Zamawiający w pkt 13 SIWZ odnoszącym się do kryteriów oceny ofert jako jedyne kryterium wskazał cena – 100% .

Załącznikiem nr 2 do SIWZ jest projekt umowy, który w § 6 zawiera następujące postanowienia:

1. Strony ustalają, że wstępne wynagrodzenie za całkowity przedmiot zamówienia wynosi brutto (słownie), zgodnie ze wzorem kalkulacji kosztów zawartej w druku oferty.

2. Wynagrodzenie, o którym mowa w ust. 1, stanowi sumę wynagrodzenia ofertowego, na który składają się:

a) wynagrodzenie ofertowe obejmujące odbiór i zagospodarowanie zmieszanych odpadów komunalnych – zł brutto (słownie:) w tym należny podatek VAT, gdzie wynagrodzenie ryczałtowe za 1 tonę odpadów - zł brutto (słownie:) w tym należny podatek VAT,

b) wynagrodzenie ofertowe obejmujące odbiór i zagospodarowanie selektywnie zebranych odpadów komunalnych – zł brutto (słownie:) w tym należny podatek VAT, gdzie wynagrodzenie ryczałtowe za 1 tonę odpadów - zł brutto (słownie:) w tym należny podatek VAT.

3. Rozliczenie za przedmiot umowy następować będzie miesięcznie na podstawie faktur częściowych. Przed wystawieniem faktury Wykonawca przedłoży Zamawiającemu:

a) Rozliczenie kosztów przygotowane zgodnie z kalkulacją kosztów zawartą w druku oferty,

b) Karty przekazania odpadów i dowody wagowe,

c) Raport miesięczny, w wersji elektronicznej i papierowej, zawierający informacje o:

- masie poszczególnych rodzajów odebranych odpadów komunalnych oraz sposobie ich zagospodarowania wraz ze wskazaniem instalacji, do której zostały przekazane zmieszane odpady komunalne, odpady zielone oraz pozostałości z sortowania odpadów komunalnych przeznaczonych do składowania,

- ilości i rodzaju odebranych worków i opróżnionych pojemników z odpadami wraz ze wskazaniem, z której nieruchomości odpady te zostały odebrane,

- nieruchomościach, na których brak jest pojemników na odpady komunalne.

Ponadto co kwartał do raportu należy dołączyć:

- wykaz nieruchomości, których właściciele w ujęciu kwartalnym nie prowadzą selektywnego zbierania odpadów komunalnych w rozumieniu § 4 Uchwały Nr 293/XXVII/12 z dnia 29.11.2012r. w sprawie wyboru metody opłaty za gospodarowanie odpadami komunalnymi oraz ustalenia stawki opłaty, zgodnie z którym za selektywne zbieranie odpadów komunalnych należy uznać takie zbieranie odpadów komunalnych,

- sprawozdanie kwartalne zgodnie ze specyfikacją istotnych warunków zamówienia.

Zamawiający dokona weryfikacji dokumentów w ciągu 7 dni roboczych, liczonych od dnia otrzymania każdego rozliczenia. Wykonawca po otrzymaniu akceptacji przyjęcia rozliczenia przez Zamawiającego, uprawniony jest do wystawienia faktury.

4. Rzeczywiste wynagrodzenie Wykonawcy z tytułu wykonania usługi stanowić będzie wynik iloczynu rzeczywiście odebranych i zagospodarowanych odpadów i cen jednostkowych określonych w ust. 2 lit. a i b.

5. Wynagrodzenie obejmuje wszelkie koszty związane z realizacją przedmiotu umowy i nie podlega waloryzacji.

6. Wynagrodzenie będzie płatne z rachunku Zamawiającego w terminie do 30 dni od daty doręczenia prawidłowo wystawionej faktury VAT.

7. Płatność nastąpi przelewem na konto Wykonawcy określone w fakturze.

8. Za termin zapłaty ustala się dzień obciążenia rachunku Zamawiającego.

9. Wynagrodzenie umowne brutto ulegnie odpowiedniej zmianie w przypadku zmiany powszechnie obowiązujących w tym zakresie przepisów dotyczących podatku VAT.

Obaj Odwołujący się wykonawcy złożyli w niniejszym postępowaniu oferty. Odwołujący Konsorcjum ALBA Południe Polska Spółka z o. o. oraz ALBA Miejskie Przedsiębiorstwo Gospodarki Komunalnej Spółka z o. o. złożył ofertę z ceną całkowitą wynoszącą 719.152,99 zł brutto i przy zaoferowaniu następujących wartości:

- cena jednostkowa brutto (zł/Mg) za zmieszane odpady komunalne: 453,60 zł;

- cena jednostkowa brutto (zł/Mg) za segregowane odpady komunalne: - 162,00 zł'

- wartość brutto zmieszanych odpadów komunalnych: 1.471.578,19 zł;

- wartość brutto segregowanych odpadów komunalnych: - 752.425,20 zł.

Odwołujący Remondis Spółka z o.o. złożył ofertę z ceną całkowitą wynoszącą 814.233,38 zł brutto i przy zaoferowaniu następujących wartości:

- cena jednostkowa brutto (zł/Mg) za zmieszane odpady komunalne: 486,00 zł;

- cena jednostkowa brutto (zł/Mg) za segregowane odpady komunalne: - 164,16 zł'
- wartość brutto zmieszanych odpadów komunalnych: 1.576.690,92 zł;
- wartość brutto segregowanych odpadów komunalnych: - 762.457,54 zł.

Zamawiający pismem z dnia 24.04.2013 r. wezwał m.in. Odwołujących się wykonawców do złożenia wyjaśnień na podstawie art. 90 ust. 1 ustawy Pzp w zakresie rażąco niskiej ceny. Obaj odwołujący w odpowiedzi na powyższe wezwanie, pismami z dnia 30.04.2013 r., złożyli udokumentowane wyjaśnienia zastrzegając je jako tajemnica przedsiębiorstwa.

Zamawiający pismem z dnia 21.05.2013 r. zatytułowanym „zawiadomienie o wyniku postępowania” poinformował wykonawców, iż w zakresie poszczególnych części za najkorzystniejsze zostały uznane następujące oferty:

1. Dla części 1 ofertę wykonawcy Przedsiębiorstwo Usług Komunalnych Spółka z o.o.;
2. Dla części 2 i 3 ofertę wykonawcy PPHU KOMART Spółka z o.o.;
3. Dla części 4 ofertę wykonawcy Zakład Techniki Komunalnej Spółka z o.o.

Zamawiający ponadto poinformował w powyższym zawiadomieniu, iż oferty złożone przez Odwołujących się wykonawców zostały odrzucona na podstawie art. 89 ust. 1 pkt 1, 2 oraz 6 ustawy Pzp ze względu na okoliczność zaoferowania cen ujemnych, które są sprzeczne z ustawą Pzp i ustawą o cenach, sprzeczne z treścią SIWZ w zakresie warunków płatności, ze względu na wariantowość ofert przy uwzględnieniu treści SIWZ oraz projektu umowy oraz zawierają błąd w obliczeniu ceny polegający na pominięciu cen jednostkowych za odbiór i utylizację odpadów segregowanych.

Powyższe czynności zostały zaskarżone przez Odwołujących się wykonawców.

W zakresie obu odwołań Krajowa Izba Odwoławcza zważyła, co następuje.

Ze względu na tożsamość zarzutów będącą wynikiem tożsamyh podstaw odrzucenia ofert złożonych przez Odwołujących się wykonawców Izba dokonała łącznego rozpoznania zarzutów przedstawionych w złożonych odwołaniach.

Mając na uwadze dokumentację postępowania, w tym w szczególności postanowienia SIWZ regulujące opis przedmiotu zamówienia oraz sposób obliczenia ceny, jak również postanowienia projektu umowy, w szczególności jej § 6 zawierający postanowienia odnoszące się do wynagrodzenia i sposobu jego rozliczenia Izba uznała, iż oferty złożone przez Odwołujących się wykonawców winny zostać odrzucone na podstawie przepisów wskazanych przez Zamawiającego w piśmie z dnia 21.05.2013 r. (zawiadomienie o wyniku postępowania).

W tak zakreślonych okolicznościach faktycznych Izba wskazuje, iż brak podania wartości ceny jednostkowej w zakresie odbioru i zagospodarowania odpadów segregowanych, podanie jej w wartości ujemnej - nie stanowiącej wartości pieniężnej oraz wyliczenie wynagrodzenia z zastosowaniem metody kompensacyjnej wypaczającej sposób rozliczenia wynagrodzenia na etapie realizacji usługi powoduje, iż oferty Odwołujących się wykonawców są niezgodne z ustawą Pzp, która odsyła w art. 2 pkt 1 do ustawy z dnia 5 lipca 2001 r. o cenach (Dz. U. z 2001 r. Nr 97, poz. 1050 z późn. zm.) – zwana dalej „ustawa o cenach”, jest ponadto niezgodna z treścią SIWZ, gdyż wbrew wymaganiom Zamawiającego nie zawiera ceny jednostkowej dla części usługi oraz stanowi błąd w obliczeniu ceny, ze względu na fakt, iż taki sposób skalkulowania wynagrodzenia nie obejmuje wartości dla części usługi, co wypacza zawarte w ustawie z dnia 13 września 1996 r. o utrzymaniu czystości i porządku w gminach (tekst jednolity Dz. U. z 2012 r., poz. 391 z późn. zm.) – zwana dalej „ustawa o utrzymaniu czystości i porządku w gminach” mechanizmy promowania odbioru segregowanych odpadów komunalnych od właścicieli nieruchomości.

I. Niezgodność z ustawą, w rozumieniu art. 89 ust. 1 pkt 1 ustawy Pzp odnieść należy zatem do pojęcia ceny (jako wartości wyrażonej w jednostkach pieniężnych, którą kupujący jest obowiązany zapłacić przedsiębiorcy za towar lub usługę; w cenie uwzględnia się podatek od towarów i usług oraz podatek akcyzowy, jeżeli na podstawie odrębnych przepisów sprzedaż towaru (usługi) podlega obciążeniu podatkiem od towarów i usług oraz podatkiem akcyzowym) oraz charakteru zamówienia publicznego (odpłatnej umowy zawieranej między zamawiającym a wykonawcą), które należy rozumieć zgodnie z definicjami zawartymi w art. 2 ustawy Pzp. W zakresie tej przesłanki odrzucenia oferty Izba podzieliła w całości argumentację Zamawiającego.

Należy bowiem wskazać, iż umowę w sprawie zamówienia publicznego cechuje odpłatność rozumiana w ten sposób, iż wykonawca dostarcza podmiotowi zamawiającemu pewnego rodzaju towary (w ramach sprzedaży, dzierżawy, najmu), wykonuje usługi lub

realizuje roboty budowlane, zaś ekwiwalentem tych świadczeń jest zapłata na rzecz wykonawcy ceny.

Izba nie podzieliła poglądu Odwołujących się wykonawców, że okoliczność odniesienia się Zamawiającego w pkt 12.1 SIWZ jedynie do art. 3 ust. 1 pkt 1 ustawy o cenach nie może mieć zastosowania do cen jednostkowych. Wskazać należy, że Zamawiający w dokumentacji postępowania (SIWZ oraz projekt umowy) posługuje się pojęciem „cena jednostkowa”, która posiada definicję legalną w art. 3 ust. 1 pkt 2 ustawy o cenach i jest ona powiązana ściśle z definicją zawartą w art. 3 ust. 1 pkt 1 ww. ustawy. Wbrew twierdzeniom Odwołującego Remondis, podniesionym na etapie rozprawy, cena jednostkowa podana w formularzu ofertowym jest ceną i samo nadawanie jej roli opłaty lub elementu kalkulacyjnego, bądź też elementu prezentacji nie zmienia tego faktu.

W ocenie Izby aby dokonać prawidłowego rozliczenia umowy każdy wykonawca winien wyrazić w wartościach pieniężnych nie tylko cenę łączną (całkowitą), ale również ceny jednostkowe, które stanowią, jako ryczałtowe ceny jednostkowe, podstawę kalkulacji ceny na etapie składania oferty i rozliczenia wynagrodzenia na etapie realizacji usługi. Zatem konieczność określenia dla tej pozycji wartości jest zdeterminowana również sposobem rozliczenia umowy, z którego można wyprowadzić wniosek, iż mamy do czynienia z rozliczeniem powykonawczym ceny całkowitej określonej wstępnie w ofercie z uwzględnieniem zryczałtowanych wartości jednostkowych – stanowiących podstawę rozliczenia i płatności, które to czynności stanowią element realizacji zamówienia.

Mając na uwadze wprowadzony w treści projektu umowy sposób rozliczenia wynagrodzenia wskazać należy, iż wykonawcy zobligowani byli do wskazania w ofercie cen jednostkowych za odbiór 1 tony odpadów. Sposób rozliczenia wynagrodzenia na etapie realizacji nie jest zdarzeniem hipotetycznym i niepewnym, jak wskazał Odwołujący Remondis, lecz istotnym elementem realizacji przedmiotu zamówienia realizowanym w oparciu o ceny jednostkowe. Zamawiający w treści pkt 12 SIWZ posługuje się bowiem pojęciami „łączna cena”, „cena” oraz „cena jednostkowa”, które to pojęcia, w tym pojęcie „ceny jednostkowej” posiada definicję legalną w ustawie o cenach. Oznacza to, iż wartość tej pozycji winna być wartością dodatnią umożliwiającą rozliczenie kontraktu i wystawienie faktury. Należy bowiem wskazać, iż zgodnie z treścią przepisu art. 3 ust. 1 pkt 1 ustawy o cenach cena to wartość wyrażona w jednostkach pieniężnych, zaś art. 3 ust. 1 pkt 2 ustawy o cenach definiujący pojęcie „cena jednostkowa” posługuje się pojęciem „cena” zdefiniowanym w przepisie go poprzedzającym – a zatem cena jednostkowa również winna zostać wyrażona w jednostkach pieniężnych i jedynym elementem, który ją odróżnia od ceny całkowitej jest to, iż cenę taką ustala się za jednostkę danego towaru (usługi) a nie za całe świadczenie. Dodatkowo wskazać należy, iż postanowienia projektu umowy (§ 6 ust. 2 lit. a i

b) determinują, jakie wartości są ceną w rozumieniu ustawy o cenach, zaś do rozliczenia należało podać wartości mające status cen jednostkowych.

Dodatkowo wskazać należy, iż zgodnie z treścią przepisu art. 3 ust. 1 pkt 10 ustawy o cenach pod pojęciem „usługi” w rozumieniu ustawy o cenach (w tym występującą w art. 3 ust. 1 pkt 1 i 2 tejże ustawy) rozumie się czynność świadczoną odpłatnie (...), co koresponduje z art. 2 pkt 13 ustawy Pzp zawierającym definicję zamówienia publicznego. Oznacza to, iż wszystkie pojęcia, do których odsyła art. 2 pkt 1 ustawy Pzp, pkt 12.1. SIWZ oraz § 6 ust. 4 projektu umowy zostały zdefiniowane w ustawie o cenach, co przesądza o tym, iż zaoferowanie jednostkowej ceny usługi o wartości poniżej zera jest sprzeczne z przepisami ustawy o cenach. Zgodnie z art. 1 ust. 1 pkt 1 ww. ustawy określa ona m.in. zasady i tryb kształtowania cen towarów i usług.

II. Powyższa okoliczność stanowi również o niezgodności treści ofert złożonych przez Odwołujących się wykonawców z treścią SIWZ. W pierwszej kolejności należy wskazać, iż ustawa o utrzymaniu czystości i porządku w gminach jest aktem prawnym o charakterze *lex specialis* w odniesieniu do ustawy Prawo zamówień publicznych – nie tylko co do głównego przedmiotu jej regulacji, ale również w zakresie prowadzenia postępowania zmierzającego do wyłonienia wykonawcy odbierającego odpady komunalne od właścicieli nieruchomości. Powyższa teza ma swoje oparcie w art. 6g ustawy o utrzymaniu czystości i porządku w gminach, który stanowi, że: *„Do przetargów, o których mowa w art. 6d ust. 1, w zakresie nieuregulowanym w niniejszej ustawie stosuje się ustawę z dnia 29 stycznia 2004 r. – Prawo zamówień publicznych”*. Jak wynika z treści przepisu art. 6d ust. 4 pkt 5 ustawy o utrzymaniu czystości i porządku w gminach *„Wójt, burmistrz lub prezydent miasta określa w specyfikacji istotnych warunków zamówienia w szczególności: szczegółowe wymagania stawiane przedsiębiorcom odbierającym odpady komunalne od właścicieli nieruchomości”*. Powyższe uprawnienie umożliwia podmiotom zamawiającym, o których mowa w art. 6d ust. 1 ww. ustawy, zawarcie w treści SIWZ szczegółowych wymagań wykonawcom ubiegającym się o udzielenie zamówienia – nawet takich, które nie znajdują swojego oparcia w przepisach ustawy Pzp, a służą realizacji obowiązków gmin i osiągnięciu celów określonych w ustawie o utrzymaniu czystości i porządku w gminach. Zatem, biorąc pod uwagę powyższe założenia, ocena czynności podmiotu zamawiającego, wskazanego w treści przepisu 6d ust. 1 ustawy o utrzymaniu czystości i porządku w gminach, przy udzielaniu zamówienia na odbieranie odpadów komunalnych od właścicieli nieruchomości podlega w pierwszej kolejności ocenie w oparciu o przepisy ustawy o utrzymaniu czystości i porządku w gminach.

Biorąc pod uwagę okoliczność, iż przedmiot zamówienia składa się z dwóch zasadniczych elementów, tj. odbioru odpadów i ich zagospodarowania z podziałem na odpady segregowane i niesegregowane wskazać należy, iż ich wycena (i tym samym ich rozliczenie - stosownie do postanowień § 6 ust. 2 lit. a i b, § 6 ust. 3 lit. a oraz § 6 ust. 4 projektu umowy) jest odrębną czynnością i powinna być zgodna z obowiązującymi w tym zakresie przepisami. Na podzielność tego świadczenia, w rozumieniu art. 379 § 2 ustawy z dnia 23 kwietnia 1964 r. Kodeks cywilny, wskazuje jednoznacznie przepis art. 6d ust. 1 ustawy z dnia 13 września 1996 r. o utrzymaniu czystości i porządku w gminach. posługując się w tym zakresie alternatywą. Gmina może bowiem zlecić w drodze przetargu czynność odbioru odpadów komunalnych albo czynność odbioru i zagospodarowania tychże odpadów. Odbiór oraz zagospodarowanie odpadów segregowanych jest dającą się wyodrębnić częścią usługi wchodzącą w skład przedmiotu zamówienia, dla której należało podać wyodrębnioną cenę jednostkową i cenę łączną stanowiącą iloczyn ilości odpadów i ceny jednostkowej. Należy ponadto wskazać, iż ustawa o utrzymaniu czystości i porządku w gminach wyodrębnia również wartości za odbiór i zagospodarowanie odpadów segregowanych i niesegregowanych, gdyż dla czynności obejmujących odbiór odpadów segregowanych umożliwia gminie stosowanie mechanizmów wspierających, tj. wprowadzających preferencyjne stawki za odbiór takich odpadów.

Tym samym brak podania ceny jednostkowej dla zagospodarowania odpadów segregowanych (którą należało podać zgodnie z SIWZ) stanowi niezgodność treści ofert Odwołujących z treścią SIWZ. Taki wymóg został zawarty w pkt 12.6 lit. b) SIWZ, gdzie zostało wskazane, że: „Cena ofertowa na poszczególną część powinna być podana następująco:

- *zmieszane odpady komunalne - cena jednostkowa zł/Mg brutto oraz wartość całkowita brutto – przy uwzględnieniu prognozowanej ilości odpadów w okresie trwania umowy;*
- *segregowane odpady komunalne - cena jednostkowa zł/Mg brutto oraz wartość całkowita brutto – przy uwzględnieniu prognozowanej ilości odpadów w okresie trwania umowy”.*

Wartości ujemne dla pozycji odnoszącej się do odpadów segregowanych powodują, iż nie podano cen koniecznych do rozliczenia umowy na etapie realizacji.

Wobec powyższego Izba nie podzieliła poglądu Odwołujących się wykonawców, iż cena jednostkowa odbioru i zagospodarowania odpadów selektywnych stanowi li tylko element kalkulacji wynagrodzenia. Jest ona ceną jednostkową, która należało podać w ofercie, służącą nie tylko rozliczeniu ale również realizacji wspomnianego wyżej mechanizmu wsparcia segregacji i odzysku surowców wtórnych. Kompensacja wartości ujemnej z ceny za odpady niesegregowane wypacza wspomniany wyżej mechanizm wsparcia.

W tym miejscu Izba wskazuje, iż w całości podziela tezę zawartą w przywołanym na rozprawie przez Przystępującego Zakład Techniki Komunalnej Spółka z o.o. wyroku Krajowej

Izby Odwoławczej z dnia 14 kwietnia 2010 r. o sygn. akt KIO/UZP 447/10, w którego uzasadnieniu prawnym Izba wskazała, że: *„W sytuacji, gdy ceny jednostkowe służą do realnych rozliczeń stron umowy w trakcie wykonywania zamówienia za zrealizowany zakres świadczeń, stanowią one istotną treść oferty. Zamówienie bowiem jest udzielane na okres 48 miesięcy i przez wymieniony czas trwania umowy, strony będą dokonywały rozliczeń w oparciu o ceny jednostkowe usług wchodzących w skład przedmiotu zamówienia podane w ofercie, stanowiące istotne postanowienia zawartej umowy. Natomiast cena całkowita oferty, wyliczona w oparciu o ceny jednostkowe i zakładany okres trwania umowy, służy do porównania cen ofert. Pomijanie w tak ukształtowanych warunkach zamówienia podania ceny jednostkowej wyodrębnionej części zamówienia jest równoznaczne z niezgodnością treści oferty z postanowieniami SIWZ.”*

Wskazany przez Odwołujących się wykonawców w treści formularza ofertowego sposób wyliczenia wynagrodzenia nie koresponduje z przewidzianym w umowie sposobem rozliczenia usługi dopuszczając wielowariantowość rozliczenia. Otóż obaj Odwołujący w formularzu ofertowym skompensowali wartość ujemną dla odpadów segregowanych z wartością dodatnią dla odpadów niesegregowanych otrzymując cenę całkowitą oferty. Wzajemne kompensowanie wartości poszczególnych składników tej samej usługi przy wyliczeniu wynagrodzenia nie może stanowić mechanizmu wypaczającego jej rozliczenie na etapie realizacji. Izba wskazuje, iż przeniesienie tego mechanizmu z etapu wyliczenia wynagrodzenia na etap rozliczenia wynika z treści § 6 ust. 3 lit. a) projektu umowy, który stanowi, że: *„Przed wystawieniem faktury Wykonawca przedłoży Zamawiającemu: Rozliczenie kosztów przygotowane zgodnie z kalkulacją kosztów zawartą w druku oferty”*.

W zakresie niezgodności treści ofert Odwołujących się wykonawców z treścią SIWZ wskazać ponadto należy, iż w tym wypadku niebagatelna znacznie ma również okoliczność, iż podmiot zamawiający (gmina) jest tylko pośrednikiem pomiędzy wykonawcą (przedsiębiorcą odbierającym odpady komunalne), a właścicielami nieruchomości. To na rzecz właścicieli nieruchomości usługi te są faktycznie świadczone i to oni ostatecznie zobligowani są do ponoszenia kosztów tej usługi - stosownie do treści art. 6h w związku z 6f ust. 1 ustawy o utrzymaniu czystości i porządku w gminach. Ceny zaoferowane w postępowaniu wszczętym na podstawie art. 6d ust. 1 ustawy o utrzymaniu czystości i porządku w gminach mogą stanowić podstawę do zmiany uchwał rady gminy – stanowiących akt prawa miejscowego np. w przypadku, gdy odpady komunalne są zbierane i odbierane w sposób selektywny (art. 6k ust. 3 ustawy o utrzymaniu czystości i porządku w gminach). Jak wyżej wskazano wówczas Rada gminy jest zobligowana określić niższe stawki opłaty za gospodarowanie odpadami komunalnymi, co określa się jako stymulację fiskalną w celu promowania selektywnego zbierania odpadów (Dziennik Gazeta Prawna. Nr 246 (3384) z dnia 19.12.2012 r. Komentarze. Ustawa z 13 września 1996 r. o utrzymaniu czystości i

porządku w gminach. cz. 2, C7). Wynika to z faktu, iż stosownie do treści art. 6r ust. 2 pkt 1 – 3 ustawy o utrzymaniu czystości i porządku w gminach koszty odbierania, transportu, zbierania, odzysku i unieszkodliwiania odpadów komunalnych; tworzenia i utrzymania punktów selektywnego zbierania odpadów komunalnych stanowią koszty funkcjonowania systemu gospodarowania odpadami komunalnymi pokrywanymi z opłat wnoszonych przez właścicieli nieruchomości (stanowiących dochód gminy). O przepływie środków pieniężnych pomiędzy właścicielem nieruchomości, gminą a przedsiębiorca świadczącym usługi odbioru odpadów komunalnych od właścicieli nieruchomości świadczy również treść przepisu art. 6r ust. 3 ustawy o utrzymaniu czystości i porządku w gminach.

Sposób wyliczenia przez Odwołujących wynagrodzenia powoduje również ten skutek, iż w odmienny sposób dojdzie do rozliczenia kontraktu i odmienne będą ceny jednostkowe na tym etapie niż na etapie ustalania wynagrodzenia. W ocenie Izby za niedopuszczalne należy uznać, aby na potrzeby obliczenia ceny i oceny ofert w oparciu o kryteria była stosowana cena całkowita ustalona przy użyciu metody kompensacji, zaś na potrzeby rozliczenia stosowane były stawki jednostkowe za odpady niesegregowane bez kompensacji. W tym miejscu, jedynie na marginesie wskazać należy, iż Odwołujący się wykonawcy nawet nie pokusili się o wskazanie, jaki model rozliczenia będzie miał zastosowanie na etapie realizacji umowy.

III. Izba uznaje również, iż sposób obliczenia przez Odwołujących się wykonawców ceny ofertowej wpisuje się w hipotezę normy prawnej uregulowanej w art. 89 ust. 1 pkt 6 ustawy Pzp.

Mając jednak na uwadze uzasadnienie dokonanej przez Zamawiającego czynności Izba wskazuje, iż Odwołujący mieli prawo uwzględnić zysk w procesie kalkulacji wynagrodzenia, gdyż taki sposób jego ustalania przewidywał wprost pkt 12.5 SIWZ. Kalkulacja wynagrodzenia jest wyłącznym uprawnieniem wykonawców i ma ona prymat, o ile swoboda ta nie zostanie ograniczona przez podmiot zamawiający w treści SIWZ stosownie do upoważnienia wynikającego z treści art. 36 ust. 1 pkt 12 ustawy Pzp. Jednakże Odwołujący się wykonawcy zastosowali mechanizm kalkulacji wynagrodzenia wypaczający założenia Zamawiającego i nie zmienia tego okoliczność, na co wskazywał Odwołujący Remondis, iż Zamawiający uznał, w oparciu o wyjaśnienia Odwołujących się wykonawców na wezwanie w zakresie rażąco niskiej ceny, że cena nie nosi znamion ceny rażąco niskiej – a zatem w jej kalkulacji nie pominięto żadnych elementów. W ocenie Izby powyższa okoliczność wskazuje, iż wykonawcy uwzględnili wszystkie okoliczności wyliczając wysokość wynagrodzenia, w tym zysk z zagospodarowania surowców wtórnych, jednakże zastosowali wadliwy mechanizm kompensacji poszczególnych wartości.

Za błąd w obliczeniu ceny można również uznać pominięcie w cenie składników takich jak należności publicznoprawne, tj. podatek VAT – jednakże ich pominięcie jest skutkiem okoliczności, iż wynagrodzenie w zakresie cen jednostkowych i ceny za część zamówienia odnoszącą się do odbioru i zagospodarowania odpadów segregowanych nie zawiera podstawy opodatkowania wyrażonej w wartościach pieniężnych umożliwiającej wyliczenie wartości podatku VAT w oparciu o jego ustawową stawkę. Jest to jednak element wtórny będący następstwem niezgodności wyliczonej ceny z przepisami ustawy o cenach.

Należy wskazać, iż w dotychczasowych rozstrzygnięciach Izby odnoszących się do wartości ujemnych wynagrodzenia za odbiór odpadów komunalnych, w tym wyroku o sygn. akt KIO 1159/13 odmiennie prezentował się stan faktyczny. W ramach powyższego orzeczenia wykonawcy podali rzeczywiste ceny jednostkowe dodatnie i osobno zysk ze sprzedaży i dopiero cenę łączną za odpady segregowane będącą iloczynem ceny jednostkowej i ilości odpadów minus zysk. Powyższy sposób kalkulacji jednak nie stał na przeszkodzie rozliczaniu w oparciu o ceny jednostkowe. W niniejszej sprawie wykonawcy nie podali wszystkich wymaganych wartości jednostkowych koniecznych do rozliczenia wynagrodzenia.

Reasumując w niniejszym stanie faktycznym Odwołujący się wykonawcy w ogóle nie dokonali wyceny części usługi określając ją na poziomie kilkuset złotych poniżej zera i jednocześnie, w formularzu ofertowym, dokonali kompensacji tej wartości z wartością dodatnią za odbiór i zagospodarowanie odpadów niesegregowanych. Brak wyceny części świadczenia stanowi o niezgodności treści oferty z treścią SIWZ oraz przesądza o niezgodności złożonych ofert z ustawą Pzp, zaś zastosowany mechanizm obliczenia wynagrodzenia wpisuje się w hipotezę normy prawnej uregulowanej w przepisie art. 89 ust. 1 pkt 6 ustawy Pzp.

Izba podzieliła zatem wyrażony w piśmie Zamawiającego z dnia 21.05.2013 r. pogląd, iż choć zdarzają się przypadki stosowania przez przedsiębiorców kwot ujemnych niektórych składników wynagrodzenia to specyfika niniejszego postępowania, a w szczególności sposób jego rozliczenia korespondujący z przepisami ustawy o utrzymaniu czystości i porządku w gminach, wyznaczona postanowieniami SIWZ (w tym umowy) czyni oferty złożone przez Odwołujących niedopuszczalnymi. Jak słusznie zostało wskazane w uzasadnieniu przywołanego wyżej wyroku Krajowej Izby Odwoławczej o sygn. akt KIO/UZP 447/10 inne znaczenie miałyby wartości jednostkowe, gdyby wynagrodzenie zostało określone w formie wynagrodzenia ryczałtowego, a nie jako rozliczane powykonawczo.

IV. Odnosząc się do dodatkowych zarzutów wskazanych w odwołaniu o sygn. akt KIO 1290/13 Izba wskazuje, iż w zakresie art. 91 ust. 1 i 2 ustawy Pzp nie dopatrzyła się czynności Zamawiającego polegającego na ocenie ofert w oparciu o kryteria związane z cenami jednostkowymi. Zarzut ten nie został precyzyjnie sformułowany. Zamawiający nie poddał ocenie ofert Odwołujących się wykonawcy, gdyż zostały one odrzucone. Jeżeli zaś Odwołujący miał na myśli czynność odrzucenia oferty ze względu na brak podania cen jednostkowych to wskazać należy, iż żądał ich podania z treści SIWZ – a zatem ten element oferty mógł stanowić przedmiot badania.

W zakresie zarzutu art. 2 pkt 7 ustawy Pzp odnoszącego się do oferty wariantowej Izba podzieliła argumentację Odwołującego zawartą w odwołaniu. Jednakże Zamawiający prawidłowo zastosował przepis art. 89 ust. 1 pkt 1 i 2 ustawy Pzp wskazując jedynie częściowo niewłaściwe podstawy faktyczne odrzucenia ofert.

W związku z powyższym, na podstawie art. 192 ust. 1 i ust. 2 ustawy Pzp, w zakresie obu odwołań orzeczono jak w sentencji.

Zgodnie z treścią art. 192 ust. 2 ustawy Pzp Izba uwzględnia odwołanie, jeżeli stwierdzi naruszenie przepisów ustawy, które miało wpływ lub może mieć istotny wpływ na wynik postępowania o udzielenie zamówienia. Izba wskazuje, iż brak uwzględniana wskazanych w obu odwołaniach przepisów powoduje, iż w przedmiotowym stanie faktycznym nie została wypełniona hipoteza normy prawnej wyrażonej w art. 192 ust. 2 ustawy Pzp.

Izba nie uwzględniła wniosku Przystępującego Zakład Techniki Komunalnej Spółka z o. o. o zasądzenie kosztów. Przepisy 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) przewidują możliwość zasądzenia kosztów od odwołującego na rzecz przystępującego w przypadku oddalenia odwołania w sytuacji, gdy zamawiający uwzględnił w całości zarzuty zawarte w odwołaniu, zaś przystępujący po jego stronie wykonawca wniósł sprzeciw. Wskazany przez Przystępującego przepis jest przepisem ogólnym tworzącym swego rodzaju zasadę i ma zastosowanie wówczas, gdy brak jest szczegółowych regulacji we wskazanym wyżej rozporządzeniu.

O kosztach postępowania odwoławczego, w odniesieniu do obu odwołań orzeczono na podstawie art. 192 ust. 9 i 10 Pzp, tj. stosownie do wyniku postępowania z uwzględnieniem postanowień 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 (tekst jedn. Dz. U. z 2010 r., Nr 41, poz. 238) w tym w szczególności § 5 ust. 3 pkt 1.

Przewodniczący:

.....

Członkowie:

.....

.....