

WYROK

z dnia 30 lipca 2013 r.

Krajowa Izba Odwoławcza - w składzie:

Przewodniczący: Izabela Kuciak

Protokolant: Łukasz Listkiewicz

po rozpoznaniu na rozprawie w dniu 30 lipca 2013 r. w Warszawie odwołania wniesionego do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej w dniu 15 lipca 2013 r. przez wykonawców wspólnie ubiegających się o udzielenie zamówienia: **EKO M. G....., J. K....., J. S..... sp. j., Przedsiębiorstwo Spedycyjno-Transportowe TRANSGÓR S.A., ul. Kościuszki 45a, 44-200 Rybnik** w postępowaniu prowadzonym przez **Gmina Lyski, ul. Dworcowa 1a,44-295 Lyski**

orzeka:

1. Oddala odwołanie.

2. Kosztami postępowania obciąża wykonawców wspólnie ubiegających się o udzielenie zamówienia: **EKO M. G....., J. K....., J. S..... sp. j., Przedsiębiorstwo Spedycyjno-Transportowe TRANSGÓR S.A., ul. Kościuszki 45a, 44-200 Rybnik** i:

2.1. zalicza w poczet kosztów postępowania odwoławczego kwotę **15 000 zł 00 gr** (słownie: piętnaście tysięcy złotych zero groszy) uiszczoną przez wykonawców wspólnie ubiegających się o udzielenie zamówienia: **EKO M. G....., J. K....., J. S..... sp. j., Przedsiębiorstwo Spedycyjno-Transportowe TRANSGÓR S.A., ul. Kościuszki 45a, 44-200 Rybnik** tytułem wpisu od odwołania.

Stosownie do art. 198a i 198b ustawy z dnia 29 stycznia 2004 r. - Prawo zamówień publicznych (t.j. Dz. U. z 2010 r. 113, poz. 759 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 Gliwicach.

Przewodniczący:

Uzasadnienie

Zamawiający prowadzi, w trybie przetargu nieograniczonego, postępowanie o udzielenie zamówienia publicznego, którego przedmiotem jest „*odbieranie i zagospodarowanie odpadów komunalnych od właścicieli nieruchomości zamieszkałych na terenie Gminy Lyski*”. Ogłoszenie o zamówieniu zostało opublikowane w Dzienniku Urzędowym Unii Europejskiej pod numerem 2013/S 066-110745.

W niniejszym postępowaniu Odwołujący wniósł odwołanie wobec czynności wyboru oferty najkorzystniejszej, złożonej przez Przedsiębiorstwo Komunalne Sp. z o.o. i Zakład Zagospodarowania Odpadów Sp. z o.o. (dalej zwanego „Wykonawcą”), zaniechania dokonania oceny wyjaśnień złożonych przez Wykonawcę w trybie art. 90 ust. 1 ustawy Pzp i w ślad za tym zaniechanie odrzucenia oferty tegoż Wykonawcy w trybie art. 90 ust. 3 ustawy Pzp, zaniechania odrzucenia oferty Wykonawcy, pomimo że zawiera ona rażąco niską cenę w stosunku do przedmiotu zamówienia, zaniechania odrzucenia oferty Wykonawcy, pomimo że jest ona niezgodna z zapisami Specyfikacji Istotnych Warunków Zamówienia (zwanej dalej „SIWZ”).

Odwołujący zarzucił Zamawiającemu naruszenie:

1. art. 90 ust. 3 ustawy Pzp poprzez nieodrzczenie oferty Wykonawcy w sytuacji, gdy Wykonawca na wezwanie Zamawiającego złożył wyjaśnienia lakoniczne i ogólnikowe, tj. wyjaśnienia nie uzasadniające wysokości zaoferowanej przez niego ceny i nie potwierdzające tym samym, że cena ta nie jest ceną rażąco niską w stosunku do przedmiotu zamówienia, co powinno skutkować przyjęciem przez Zamawiającego, że Wykonawca nie złożył wyjaśnień, o których mowa w art. 90 ust. 1 Pzp,
2. art. 89 ust. 1 pkt 4 ustawy Pzp poprzez nieodrzczenie oferty Wykonawcy, pomimo że oferta Wykonawcy zawiera rażąco niską cenę w stosunku do przedmiotu zamówienia,
3. art. 89 ust. 1 pkt 2 ustawy Pzp poprzez zaniechanie odrzucenia oferty Wykonawcy, chociaż jego oferta jest niezgodna z zapisami SIWZ w zakresie, w jakim nie obejmuje całkowitego kosztu wykonania przedmiotu zamówienia wraz z wszelkimi kosztami towarzyszącymi wykonania,
4. art. 7 ust. 1 ustawy Pzp poprzez wybór oferty Wykonawcy podlegającej odrzuceniu, co narusza zasadę uczciwej konkurencji oraz równego traktowania wykonawców.

W związku z powyższym Odwołujący wniósł o nakazanie Zamawiającemu: unieważnienia czynności wyboru najkorzystniejszej oferty, dokonania ponownej oceny i badania oferty, a w

ich wyniku odrzucenia oferty Wykonawcy oraz dokonanie wyboru oferty złożonej przez Odwołującego jako najkorzystniejszej.

W uzasadnieniu swojego stanowiska Odwołujący podniósł, że skutkiem 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 znajduje potwierdzenie w orzecznictwie (wyrok KIO z dnia 23 stycznia 2009 r., sygn. akt: KIO/UZP 58/09, wyrok z dnia 3 listopada 2011 r., sygn. akt: KIO 2251/11). Odwołujący podkreśla, że obowiązek udowodnienia przez wykonawcę, że zaproponowana przez niego cena oferty nie jest rażąco niska, jest niezależny od treści i zakresu wezwania do złożenia wyjaśnień przez Zamawiającego. Co więcej, Zamawiający nie jest zobowiązany do ukierunkowywania wykonawcy, w jaki sposób ma on udowodnić, że cena nie jest rażąco niska (wyrok Krajowej Izby Odwoławczej z dnia 28 października 2010 r. sygn. akt: KIO/UZP 2242/10).

Zdaniem Odwołującego, przywołane stanowisko ma istotne znaczenie dla treści wyjaśnień składanych przez Wykonawcę. Wykonawca wezwany do złożenia wyjaśnień w trybie art. 90 ust. 1 ustawy Pzp zobowiązany jest do udzielenia wyczerpujących wyjaśnień, które pozwoliłyby zamawiającemu na ocenę, czy zaoferowana cena nie jest ceną rażąco niską. Wyjaśnienia lakoniczne traktowane są natomiast przez Izbę na równi z brakiem wyjaśnień, a co za tym idzie złożenie takich wyjaśnień musi skutkować odrzuceniem oferty wykonawcy (wyrok KIO z dnia 2 sierpnia 2011 r., sygn. akt: KIO 1568/11, wyrok KIO z dnia 20 maja 2010 r., sygn. akt: KIO 730/10, wyrok KIO z dnia 11 lipca 2012 r., sygn. akt: KIO 1363/12). Wynikające z powyżej cytowanych orzeczeń wymagania, jakie powinny spełniać wyjaśnienia składane przez wykonawcę w trybie art. 90 ust. 1 ustawy Pzp, odnieść można także do wyjaśnień składanych w przetargach organizowanych na podstawie nowych regulacji ustawy o utrzymaniu czystości i porządku w gminach, zwłaszcza gdy - tak jak w niniejszej sprawie - wynagrodzenie za wykonanie zamówienia będzie miało charakter ryczałtu „globalnego”. Stanowisko to znajduje potwierdzenie w orzecznictwie Krajowej Izby Odwoławczej (wyrok KIO z dnia 10 lipca 2013r., sygn. akt 1525/13).

W ocenie Odwołującego, treść złożonych w niniejszej sprawie przez Wykonawcę wyjaśnień w żaden sposób nie uzasadnia zaoferowanej przez niego ceny, m.in. przez to, że nie wskazuje na sposób kalkulacji ceny ofertowej, miejsca i kosztów zagospodarowania odpadów, co z kolei prowadzi do wniosku, iż są to wyjaśnienia ogólnikowe, lakoniczne, odnoszące się do okoliczności właściwych w zasadzie dla każdej firmy działającej w tym segmencie rynku.

I tak w odniesieniu do pierwszego punktu wyjaśnień Odwołujący podnosi, że z całą pewnością nie może stanowić dowodu - na okoliczność realności zaoferowanej ceny - fakt zmiany systemu gospodarki odpadami komunalnymi. Oczywiście faktem jest, iż Wykonawca

nie będzie musiał - jak każdy podmiot działający obecnie na tym rynku - zawierać umów z indywidualnymi klientami, niemniej nie oznacza to mniejszej ilości pracy po stronie pracowników Wykonawcy. Nowy system gospodarowania odpadami komunalnymi już z samego założenia jest systemem, w którym na wykonawcy będzie spoczywało szereg dodatkowych obowiązków, dotychczas niewykonywanych przez podmioty działające na rynku, a przez co z samego tylko założenia jest on droższy od dotychczasowego. Wynika to z faktu, iż nowe regulacje prawne nakładają na gminy szereg obowiązków nieznanymi przepisami dotychczasowymi (np. w zakresie osiągnięcia poziomów odzysku), które niejako automatycznie „przerzucane” są na wykonawców uzyskujących zamówienie w drodze postanowień umowy o zamówienie publiczne. Jak wynika z Załącznika nr 5 do SIWZ „Istotne dla stron postanowienia, które zostaną wprowadzone do treści umowy”, Wykonawca zobowiązany jest w zakresie wykonania przedmiotu umowy m.in. do: - wyposażenia nieruchomości zamieszkałych w zabudowie jednorodzinnej/kilkurodzinnej i wielorodzinnej/wielomieszkaniowej w worki do segregacji odpadów komunalnych na zasadach opisanych w Załączniku nr 1 część II pkt 4 ppkt 4.2 do umowy (§ 4 ust. 2 pkt 4), - dostarczenia właścicielom nieruchomości zamieszkałych zatwierdzonego przez Zamawiającego harmonogramu odbioru odpadów komunalnych (§ 4 ust. 2 pkt 5), - zapewnienia Zamawiającemu na czas trwania umowy dostępu do systemu monitoringu i lokalizacji GPS, przy czym system ten powinien umożliwiać odczyt i analizę codziennie archiwizowanych danych (§ 4 ust. 2 pkt 9), - przekazywania Zamawiającemu miesięcznych raportów zawierających informacje o masie odebranych odpadów (§ 7 ust. 1), - prowadzenia i przekazywania Zamawiającemu ewidencji nieruchomości jednorodzinnych i punktów gromadzenia odpadów w zabudowie wielorodzinnej/wielomieszkaniowej, z których zostały odebrane niesegregowane i selektywnie zebrane odpady komunalne w danym miesiącu (§ 7 ust. 5 pkt 1), - prowadzenia dokumentacji zawierającej rodzaj i ilość poszczególnych frakcji odpadów zebranych selektywnie w miejscach zbiórki oraz w „mobilnym” punkcie zbiórki, a także adresy nieruchomości, na których zostały wytworzone odpady z podaniem ich rodzaju (§7 ust. 5 pkt 2), - w przypadku stwierdzenia, że właściciel nieruchomości nie wywiązuje się z obowiązku w zakresie selektywnego zbierania odpadów komunalnych, poinformowania o zaistniałym zdarzeniu Zamawiającego, przy czym informacja ta powinna zawierać: adres nieruchomości, na której odpady gromadzone są w sposób niezgodny z Regulaminem utrzymania czystości i porządku na terenie Gminy Lyski, zdjęcia cyfrowe z datą i godziną wykonania, dowodzące, że odpady gromadzone są w sposób niewłaściwy, imię i nazwisko pracownika Wykonawcy, który stwierdził fakt niezgodnego z Regulaminem postępowania z odpadami komunalnymi oraz ewentualne oświadczenie przez niego sporządzone (§ 7 ust. 5 pkt 3), - przedstawienia Zamawiającemu wykazu nieruchomości, na których brak jest pojemników na odpady komunalne po zakończeniu każdego miesiąca (§ 7 ust. 5 pkt 4), -

bieżącego przekazywania Zamawiającemu adresów nieruchomości, na których zamieszkują mieszkańcy, a nie ujętych w bazie danych prowadzonej przez Zamawiającego (§ 7 ust. 5 pkt 5), - przedstawienia Zamawiającemu kart przekazania odpadów i dowody wagowe, potwierdzające dokonanie czynności przekazania odpadów zgodnie z obowiązującymi przepisami (§ 7 ust. 6), - w celu umożliwienia sporządzenia przez Zamawiającego rocznego sprawozdania z realizacji zadań z zakresu gospodarowania odpadami komunalnymi, przekazania Zamawiającemu niezbędnych informacji umożliwiających sporządzenie sprawozdania. Wykonawca zobowiązany będzie również do przedkładania Zamawiającemu innych informacji nt. odbioru, unieszkodliwiania i segregacji odpadów, jeżeli w trakcie realizacji zamówienia na Zamawiającego nałożony zostanie obowiązek sporządzania innych sprawozdań z zakresu gospodarki odpadami (§ 7 ust. 8), - przedkładania Zamawiającemu w wersji papierowej i elektronicznej kwartalnych sprawozdań (§ 7 ust. 5 pkt 9). Tak określone względem Wykonawcy obowiązki potwierdzają, że wprowadzenie nowego systemu gospodarki odpadami nie powoduje zmniejszenia kosztów wykonywanej przez niego usługi, a *de facto* - co wymaga podkreślenia - znacznie je zwiększa. Obniżenie dotychczasowych kosztów usługi w zakresie odbioru odpadów zmieszanych nie może zatem odbyć się kosztem personelu, który poprzednio zajmował się zawieraniem umów, albowiem to właśnie posiadanie odpowiedniego zaplecza personalnego gwarantuje prawidłowe wywiązanie się przez Wykonawcę z ww. obowiązków, zwłaszcza w zakresie raportowania, sprawozdań itp.

Odnosnie drugiego punktu wyjaśnień Odwołujący wskazuje, iż argument ten ma charakter bardzo ogólny, tj. Wykonawca nie wskazuje, z jaką instalacją zawarł umowę na zagospodarowanie (doczyszczanie) odpadów i jakie koszty z tego tytułu będzie ponosił. Tymczasem to te okoliczności są kluczowe dla ustalenia, czy cena Wykonawcy ma charakter realny, bowiem koszt zagospodarowania odpadów komunalnych będzie największym kosztem, jaki poniesie Wykonawca. Koszt ten będzie różny, przy czym zależy on będzie m. in. od tego, jaka metoda zagospodarowania odpadów zostanie przez Wykonawcę wybrana i gdzie znajdować będzie się instalacja (koszty transportu odpadów z gminy Lyski do miejsca zagospodarowania). Możliwość uzyskania dodatkowego odpisu na PFRON z pewnością nie zbilansuje kosztów, jakie Wykonawca poniesie z tytułu zagospodarowania odpadów, zwłaszcza zmieszanych odpadów komunalnych.

Odnosnie punktu trzeciego, czwartego i piątego wyjaśnień Odwołujący podnosi, iż Wykonawca nie udowodnił, iż ma zawarte umowy z recyklerami/odbiorcami odpadów segregowanych i że podmioty, z którymi łączy go umowy rzeczywiście oferują najwyższe ceny na rynku. Stwierdzenie, iż Wykonawca zawiera umowy z odbiorcami oferującymi najwyższą cenę jest więc gołosłowne i nie poparte jakimikolwiek danymi. Zwłaszcza - co w tym miejscu wymaga szczególnego zaznaczenia - iż ceny, jakie osiągają surowce wtórne na rynku (ceny dopłat, ceny za surowce), są bardzo różne i zależą od szeregu czynników, np.

rodzaju sprzedawanego odpadu, ilości oferowanego surowca, rejonu kraju, kosztów transportu itp.

Podobnie, zdaniem Odwołującego, nie stanowi dowodu na okoliczność realności zaoferowanej ceny nawiązanie współpracy z organizacją odzysku. Po pierwsze, wszystkie podmioty, które zajmują się tego typu działalnością zawierają umowy z organizacjami odzysku i tego typu zysk kalkulują w swoich ofertach. Po drugie, jak wskazują eksperci, system organizacji odzysku przynosił konkretne korzyści firmom zbierającym odpady selektywne jedynie w początkowym okresie jego funkcjonowania. Rywalizacja pomiędzy organizacjami odzysku doprowadziła do drastycznego zmniejszenia dopłat, w efekcie czego za dokumenty potwierdzające zebranie i odzysk odpadów przedsiębiorcy otrzymują średnio 10 zł za tonę. W przypadku papieru dopłata ta wynosi ok. 5 zł za tonę, plastiku - 15 zł, a szkła - 40 zł za tonę (A. Stabryła, Dlaczego tylko Kowalski musi posprzątać Polskę, Rzeczpospolita z dnia 28.06.2013, <http://www.ekonomia rp.p1/artykul/I024451.html>). Ponadto, posługując się prognozowaną ilością odpadów komunalnych powstających na terenie Gminy Lyski od 1 lipca 2013 r. do 30 czerwca 2015r. (pkt 7 tabela nr 2 Załącznika nr 8 do SIWZ „Opis przedmiotu zamówienia”), zakładając tylko hipotetycznie, że wszystkie wytworzone odpady zostaną zebrane w sposób selektywny - co jest oczywiście nierealne, zważywszy że odpady zbierane selektywnie stanowią jedynie 10- 15% strumienia odebranych odpadów, oraz mając na względzie, że nie wszyscy mieszkańcy Gminy zadeklarowali prowadzenie selektywnej zbiórki - można wykazać, że w trakcie realizacji umowy Wykonawca otrzymałby dopłaty w wysokości: 1.236,50 zł za odzyskany papier i tekturę, 7.590,00 zł za odzyskane tworzywa sztuczne, 19.142,00 zł za odzyskane szkło. Oznacza to, że łączne oszczędności uzyskane z powyższego tytułu kształtowałyby się na poziomie 27.968,00 zł, co przy wartości przedmiotu zamówienia odpowiadającej 2.189.513,35 zł brutto jest kwotą niewielką.

Odwołujący zwrócił uwagę, że prognozowana ilość odpadów komunalnych powstających na terenie Gminy Lyski w okresie obowiązywania umowy znacznie odbiega od ilości odpadów odebranych z terenu Gminy Lyski w latach 2010-2011, wynikającej ze sprawozdań składanych przez przedsiębiorców posiadających zezwolenie na odbieranie odpadów komunalnych (pkt 6 tabela nr 1 Załącznika nr 8 do SIWZ „Opis przedmiotu zamówienia”). Prognozy należy więc uznać za nad wyraz „optymistyczne”. Z powyższych względów nawiązanie przez Wykonawcę współpracy z organizacją odzysku nie może stanowić czynnika, który urealniałby zaoferowaną przez niego cenę.

Odwołujący podniósł, że Wykonawca zaznaczył również, że zgodnie z jego wieloletnim doświadczeniem, z roku na rok obserwuje znacząco rosnącą ilość zbiórki odpadów segregowanych, wskazując przy tym, że do wyliczeń kwoty oferowanej za odbiór i zagospodarowanie odpadów komunalnych przyjął: „odpowiednią proporcję pomiędzy

odpadami zmieszanyymi a segregowanymi, co ma również przełożenie na uzyskanie odpowiednich poziomów odzysku. Obserwujemy, że świadomość społeczeństwa w tym zakresie znacznie wzrasta na co zapewne ma wpływ edukacja prowadzona przez różne źródła". W SIWZ pkt 7 tabela nr 2 Załącznika nr 8 do SIWZ „Opis przedmiotu zamówienia”, Zamawiający wskazał prognozowaną przez siebie ilość odpadów, jaka zostanie wytworzona w Gminie Lyski w okresie realizacji zamówienia. Jak wynika z tej tabeli, w kolejnych latach systematycznie będą wzrastały ilości odpadów zbieranych selektywnie, niemniej Zamawiający, posiłkując się danymi z Krajowego Planu Gospodarki Odpadami, nie zakłada, by wzrost ten był tak gwałtowny, jak wskazuje Wykonawca w swoich wyjaśnieniach (tu oczywiście kolejny raz wskazać należy, że argumentacja Wykonawcy zawarta w wyjaśnieniach jest lakoniczna, bowiem mówiąc o wzroście odsetka odpadów zbieranych selektywnie nie wskazuje, jaki procent przyjął on ostatecznie do swoich wyliczeń ceny ofertowej). Przykładowo Zamawiający zakłada: wzrost selektywnej zbiórki papieru i tektury z 121 Mg w 2013 r., do 123,2 Mg w 2014 r. i 127,2 Mg w 2015 r., wzrost selektywnej zbiórki szkła z 235,5 Mg w roku 2013 r. do 238,8 Mg w 2014 r. i 244 Mg w 2015 r. Oczywiście zgodzić należy się, że wskazane dane mają charakter prognozy, niemniej prognoza ta znajduje oparcie w zapisach KPGO oraz w doświadczeniach gmin, które jeszcze pod rządami poprzednio obowiązujących przepisów wprowadziły podobne do obecnie obowiązujących zasady zbiórki odpadów komunalnych. W gminach tych, pomimo kilku lat prowadzenia akcji informacyjnych, umożliwienia mieszkańcom selektywnego zbierania odpadów bez dodatkowych kosztów oraz wprowadzenia instrumentu nacisku w postaci tzw. podatku śmieciowego, poziom selektywnej zbiórki waha się na poziomie 10-15 % (np. Gmina Pszczyzna). Sugestia Wykonawcy, iż w gminie Lyski poziom ten będzie dużo wyższy, nie znajduje więc oparcia w realiach rynkowych, a nadto nie jest poparta jakimikolwiek dowodami, wyliczeniami, wskaźnikami, liczbami. Stąd, tego typu sugestia, przy niezmiennym charakterze wynagrodzenia objętego umową o zamówienie publiczne, tym bardziej powinna wzbudzić wątpliwość Zamawiającego odnośnie rzetelności wyliczeń ceny ofertowej Wykonawcy, jeśli bowiem ustalenie ceny ofertowej oparte jest na - absurdalnym - założeniu o bardzo wysokim poziomie selektywnej zbiórki, oczywistym staje się, że Wykonawca nie będzie w stanie w sposób rzetelny wykonać przedmiotu zamówienia. Jakiegokolwiek bowiem odstępstwo od założonych poziomów selektywnej zbiórki (zmniejszenie jej poziomu) radykalnie zwiększy koszty zagospodarowania odpadów objętych przedmiotem umowy. Odpady, które nie są zbierane w sposób selektywny (zmieszane odpady komunalne) będą musiały zgodnie z art. 9e ust. 1 pkt 2 ustawy u.c.p.g. zostać przekazane przez Wykonawcę do instalacji regionalnej (RIPOK MBP). W regionie III Województwa Śląskiego, a więc w regionie, do którego przynależy Gmina Lyski, jedyną instalacją tego typu jest instalacja zlokalizowana w Knurowie należąca do PPHU KOMART Sp. z o.o., której właścicielem nie

jest ani Odwołujący, ani Wykonawca. Koszty, jakie Odwołujący i Wykonawca będą musieli ponieść z tytułu zagospodarowania zmieszanych odpadów komunalnych będą więc zbliżone. Tymczasem to ten koszt, wobec ilości zmieszanych odpadów, jaka zostanie wytworzona na terenie gminy Lyski w okresie obowiązywania umowy oraz ceny dyktowanej przez RIPOK, są najistotniejszym elementem kosztotwórczym, zaś wykonawca nie wskazał w swoich wyjaśnieniach, jak koszt ten kalkuluje. Uprzedzając ewentualne wątpliwości zauważyć należy, że wskazana instalacja regionalna do przetwarzania zmieszanych odpadów komunalnych ma wprawdzie ograniczone moce przerobowe, niemniej nie oznacza to, że w razie braku możliwości przekazania zmieszanych odpadów komunalnych do instalacji regionalnej, Wykonawca będzie mógł przekazać odpady do dowodnej instalacji. Ustawa o utrzymaniu czystości i porządku w gminach nakazuje w takiej sytuacji kierować odpady do tzw. instalacji zastępczej, a taki status ma instalacja należąca do Odwołującego, nie zaś Wykonawcy. 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.

Jak wskazuje Odwołujący, można wprawdzie twierdzić, że różnica ta jest wynikiem odmiennie przyjętych przez wykonawców kosztów zagospodarowania odpadów komunalnych zbieranych w Gminie selektywnie (w myśl zasady, że wykonawca nie płaci za zagospodarowanie selektywnie zebranych odpadów, a może na nich zarobić), niemniej jednak, uprzedzając tego typu argumentację, wskazać należy, że, po pierwsze, szansa, że selektywna zbiórka wzrośnie w następnych latach w Gminie kilka razy więcej niż podaje to Zamawiający w Załączniku nr 8 do SIWZ „Opis przedmiotu zamówienia” jest - co potwierdzają zaprezentowane powyżej rozważania - minimalna, a po drugie, Odwołujący także będzie mógł „zarobić” na selektywnej zbiórce, co tym bardziej potwierdza, że Wykonawca założył nierealne zyski za zagospodarowanie odpadów zbieranych selektywnie. Ponadto, błędnym jest zakładanie przez Wykonawcę „czystego” zysku ze sprzedaży odpadów segregowanych. Jak bowiem wynika z § 8 ust. 1 pkt 3 uchwały nr RG.0007.93.2012 Rady Gminy Lyski z dnia 20 grudnia 2012 r. w sprawie Regulaminu utrzymania czystości i porządku na terenie Gminy Lyski, selektywna zbiórka tworzyw sztucznych, odpadów wielomateriałowych oraz metali prowadzona jest w jednym worku. Oznacza to, że powyższe frakcje odpadów muszą zostać w pierwszej kolejności przesortowane, a następnie „doczyszczzone” i przetransportowane, co generuje dodatkowe koszty po stronie Wykonawcy. Tak więc i ten element wyjaśnień rażąco niskiej ceny nie zasługuje na uwzględnienie. Stąd, nie stanowi dowodu na okoliczność realności zaoferowanej ceny obniżenie kosztów obsługi linii segregacyjnych, zawarcie umów z recyklerami/odbiorcami odpadów segregowanych, czy bieżąca analiza rynku w zakresie

możliwości dokonania sprzedaży odpadów segregowanych. Wykonawca, wskazując na powyższe czynniki, powinien udowodnić, w jaki sposób odnoszą się do jego oferty Wykonawcy i wyróżniają ją spośród innych wykonawców pod względem możliwości kalkulacji ceny. Jak bowiem podnosi się w orzecznictwie, „wykonawca, składając wyjaśnienia odnoszące się do ceny oferty, powinien wskazać, co spowodowało możliwość obniżenia ceny, jak również, w jakim stopniu dzięki wskazanym przez wykonawcę czynnikom cena została obniżona.” (...) Oznacza to, iż to wykonawca wezwany do złożenia wyjaśnień w zakresie rażąco niskiej ceny powinien przedstawić dowody na brak zaistnienia okoliczności wystąpienia rażąco niskiej ceny, bądź też chociażby ich istnienie uprawdopodobnić. (...) To bowiem na wykonawcy spoczywa obowiązek złożenia wyczerpujących wyjaśnień, które pozwoliłyby Zamawiającemu na ocenę, czy przedmiotowa cena nie jest ceną rażąco niską. A ponieważ składa je podmiot zainteresowany w sprawie, to same i do tego ogólnikowe wyjaśnienia nie mogą być obiektywne.” (wyrok Krajowej Izby Odwoławczej z dnia 16.03.2010r., KIO/UZP 166/09).

Ponadto, co również jest istotne, w ocenie Odwołującego, w złożonych wyjaśnieniach Wykonawca zupełnie nie odniósł się do faktu, iż Gmina Lyski przyjęła, że opłata za gospodarowanie odpadami komunalnymi uiszczana przez mieszkańców gminy powinna wynosić odpowiednio: odpady komunalne zbierane i odbierane w sposób selektywny - 9,50 zł miesięcznie na mieszkańca, odpady komunalne nie są zbierane i odbierane w sposób selektywny -18,00 zł miesięcznie na mieszkańca. Opłata, o której mowa, ma pokryć nie tylko koszty odbioru i zagospodarowania odpadów komunalnych powstałych w gminie, ale i powstałe po stronie Gminy koszty administracyjne całego systemu. Oczywistym pozostaje, że wśród wszystkich tych kosztów, to koszt odbioru i zagospodarowania odpadów kształtuje się na najwyższym poziomie. Tymczasem, Wykonawca oferuje wykonanie usługi objętej przedmiotem zamówienia za cenę 3,07 zł brutto miesięcznie na mieszkańca, niezależnie od tego, czy mieszkaniec będzie prowadził selektywną zbiórkę odpadów. Oprócz kosztów odbioru odpadów komunalnych, cena ta ma pokryć także koszty dostawy worków i harmonogramów, koszty obsługi mobilnego punktu odbioru odpadów oraz koszty zagospodarowania odpadów komunalnych i to w sposób określony nowymi przepisami. Cena zaoferowana przez Wykonawcę ma więc pokryć koszty realizacji usługi w rozmiarze i stopniu skomplikowania niewspółmiernym do tego, jakie były rozmiar i stopień skomplikowania podobnych usług przed zmianą przepisów ustawy o utrzymaniu czystości i porządku w gminach. Pomimo tego, koszty te są niższe niż obserwowane na rynku poprzednio i niższe niż szacował Zamawiający, ustalając opłatę pobieraną od mieszkańca. Wykonawca, również i w tym przypadku, nie wskazał jakichkolwiek obiektywnych czynników, pozwalających mu na zaoferowanie tak niskiej ceny.

W świetle powyższych rozważań wyjaśnienia Wykonawcy nie ukazują w istocie

obiektywnych czynników, które w realny sposób wpływałyby na zaoferowaną przez niego cenę, uzasadniając skalkulowanie jej na tak niskim poziomie, co powinno skutkować odrzuceniem oferty Wykonawcy na podstawie art. 90 ust. 3 ustawy Pzp. Stosownie bowiem do przepisu art. 90 ust. 2 ustawy Pzp zamawiający, oceniając wyjaśnienia złożone przez wykonawcę w trybie art. 90 ust. 1 ustawy Pzp, bierze pod uwagę obiektywne czynniki, które pozwoliły danemu wykonawcy zaoferować niską cenę. W orzecznictwie przyjmuje się, że są to „w szczególności wybrane rozwiązania techniczne, co należy rozumieć wybrane przez wykonawcę, wyjątkowo sprzyjające warunki wykonania zamówienia dostępne dla wykonawcy, oryginalność projektu wykonawcy. Zatem czynniki, poza swym obiektywizmem, muszą odnosić się do badanego wykonawcy i jego wyróżniać spośród innych wykonawców pod względem możliwości kalkulacji ceny. Wyjaśnienia zatem nie zawierające obiektywnych czynników, lub zawierające obiektywne czynniki, ale nie uzasadniające szczególnej sytuacji wykonawcy, należy uznać za niezłożenie wyjaśnień w rozumieniu art. 90 ust. 2 i 3 ustawy”, (wyrok KIO z dnia 31 sierpnia 2011 r., sygn. akt: KIO 1793/11). Ponadto, tezę o lakoniczności i ogólnikowości spornych wyjaśnień potwierdza także brak w nich jakichkolwiek danych liczbowych (np. ilości odpadów przyjętych do kalkulacji ceny, kosztów zagospodarowania poszczególnych rodzajów odpadów, kosztów transportu, kosztów dostawy pojemników, czy wreszcie poziomu oszczędności możliwych do osiągnięcia w związku z podawanymi przez Wykonawcę „okolicznościami szczególnymi dla niego”). Tymczasem to właśnie tego typu dane pozwalają na przyjęcie - zwłaszcza w realiach niniejszej sprawy - że mamy do czynienia z wyjaśnieniami, o jakich mowa w art. 90 ust. 3 ustawy Pzp. Powyższa okoliczność znajduje potwierdzenie w przywoływanym powyżej wyroku KIO z dnia 10 lipca 2013 r., sygn. akt 1525/13. W stanie faktycznym tejże sprawy, wykonawca do wyjaśnień składanych w podobnym stanie faktycznym (wyjaśnienia odnośnie ryczałtowej ceny w przetargu na odbiór i zagospodarowanie odpadów) załączył nawet więcej danych i dowodów niż czyni to Wykonawca w niniejszej sprawie, a mimo to Izba uznała te wyjaśnienia za niewystarczające, skoro wykonawca nie udowodnił, iż prawidłowe są założenia leżące u podstaw kalkulacji, tj. założenia wskazujące na wzrost ilości odpadów zbieranych w sposób selektywny kosztem zmniejszenia ilości wytwarzanych zmieszanych odpadów komunalnych oraz założenia odnośnie kształtowania się innych czynników kosztotwórczych. Mając na względzie powyższe, Zamawiający zobowiązany był w trybie art. 90 ust. 3 ustawy Pzp uznać, że Wykonawca nie złożył wyjaśnień, a w konsekwencji Zamawiający winien ofertę Wykonawcy odrzucić. Zamawiający uznając przedmiotowe wyjaśnienia za wystarczające, nie dokonał prawidłowej i pełnej oceny tych wyjaśnień, przez co dopuścił się naruszenia art. 90 ust. 2 ustawy Pzp w zw. z art. 7 ustawy Pzp. Ocena wyjaśnień nie została dokonana na kryteriach z art. 90 ust. 2 ustawy Pzp, a sprowadziła się faktycznie do uznania za wystarczające jakichkolwiek wyjaśnień, niezależnie od ich treści.

Co więcej, fakt, iż wykonawca nie udowodnił, że posiada właściwości odróżniające go od Odwołującego, a mimo tego zaproponowana przez niego cena jest dużo niższa niż cena Odwołującego, uzasadniać może twierdzenie, że kalkulując ofertę, nie dokonał on wyceny wszystkich elementów objętych przedmiotem zamówienia, np. kosztów zagospodarowania wszystkich zmieszanych odpadów komunalnych, jakie zostaną wytworzone w okresie obowiązywania umowy, skoro bez dostatecznych dowodów zakłada on, że ilość ta będzie mniejsza niż podana w SIWZ (wobec wzrostu ilości odpadów zbieranych selektywnie). Toteż oferta Wykonawcy, powinna być oceniana pod kątem możliwości jej odrzucenia na podstawie art. 89 ust. 1 pkt 2 ustawy Pzp, do czego był zobowiązany Zamawiający, a czego nie uczynił.

Krajowa Izba Odwoławcza ustaliła, co następuje:

W pierwszej kolejności wskazać należy, że Izba zaliczyła w poczet materiału dowodowego dokumenty złożone przez strony na rozprawie.

Przedmiotem niniejszego postępowania o udzielenie zamówienia publicznego jest *„wykonanie usługi w zakresie odbierania i zagospodarowania odpadów komunalnych od właścicieli nieruchomości zamieszkałych.*

W ramach zadania Wykonawca ma obowiązek:

- 1. odbioru z posesji zamieszkałych odpadów komunalnych niesegregowanych i segregowanych,*
- 2. zagospodarowania odpadów komunalnych zgodnie z zapisami ustawy z dnia 13 września 1996 r.o utrzymaniu czystości i porządku w gminach (Dz. U. z 2012 r., poz. 391 z późn. zm), zapisami Wojewódzkiego Planu Gospodarki Odpadami, przyjętego uchwałą Sejmiku Województwa Śląskiego Nr IV/25/1/2012 z dnia 24 sierpnia 2012 r. w sprawie przyjęcia „Planu gospodarki odpadami dla województwa śląskiego 2014”,*
- 3. zorganizowania „mobilnego” punktu zbiórki odpadów segregowanych,*
- 4. wyposażenia nieruchomości zamieszkałych w worki do selektywnej zbiórki odpadów,*
- 5. dostarczenia do nieruchomości zamieszkałych harmonogramu odbioru odpadów komunalnych.”*

Wartość szacunkowa zamówienia została ustalona na kwotę 2.027.327,18 zł, w tym odbiór i zagospodarowanie odpadów komunalnych skalkulowano na poziomie 1.935.327,18 zł (pismo Zamawiającego z dnia 15 marca 2013 r.). W niniejszym postępowaniu zostały złożone dwie oferty. Oferta Wykonawcy opiewała na kwotę 712.464,00 zł (659.688,89 zł netto), zaś oferta Odwołującego została wyceniona na poziomie 1.224.360,00 zł (1.133.666,67 zł netto).

Na skutek uwzględnienia przez Zamawiającego odwołania wniesionego przez Odwołującego, Zamawiający zwrócił się do Wykonawcy, w trybie przepisu art. 90 ust. 1 ustawy Pzp, o udzielenie wyjaśnień dotyczących elementów mających wpływ na wysokość zaoferowanej ceny za realizację zamówienia (pismo z dnia 2 lipca 2013 r.). W uzasadnieniu wezwania Zamawiający wskazał, że cena zaproponowana przez Wykonawcę stanowi 32,54% wartości szacunkowej, a różnica pomiędzy cenami ofert, złożonych w niniejszym postępowaniu wynosi 41,81%.

W odpowiedzi (pismo z dnia 3 lipca 2013 r.) 1) Wykonawca wskazał, że kalkulując cenę oferty wziął pod uwagę następujące okoliczności: 1) „obniżenie dotychczasowych kosztów obsługi świadczonej usługi w zakresie odbioru odpadów komunalnych zmieszanych i segregowanych spowodowane przejęciem, zgodnie z ustawą, przez gminy obowiązku zorganizowania odbioru odpadów od mieszkańców. Do chwili obecnej były zatrudnione osoby, które zawierały umowy z osobami indywidualnymi i podmiotami gospodarczymi na usługę, rozliczały potwierdzenia dokonania odbioru odpadów, które z kolei były podstawą do naliczenia opłaty za ilość odebranych pojemników czy kontenerów, wystawiały faktury, spisywały umowy na wynajem pojemników czy kontenerów prowadziły elektroniczną dokumentację w tym temacie”; 2) „obniżenie kosztów obsługi linii segregacyjnych, na których są przygotowywane frakcje do odbioru przez recyklerów, poprzez zawarcie umowy cywilnoprawnej z firmą świadczącą takie usługi z możliwością dodatkowego odpisu na PFRON, co jest znacznie efektywniejszą formą finansową realizacji tej części usługi”; 3) „zawarcie umów z recyklerami/odbiorcami odpadów segregowanych, oferującymi najwyższą cenę w momencie zbycia odpadów segregowanych”, 4) „nawiązanie współpracy z Organizacją Odzysku, oferującą najwyższe dopłaty do odpadów segregowanych”; 5) „bieżąca analiza rynku w zakresie możliwości dokonania sprzedaży odpadów segregowanych za najdogodniejszą najwyższą cenę”; 6) „przyjęte założenia do przetargu na odbiór i zagospodarowanie odpadów wykazane w SIWZ. Oszacowany wzrost zbiórki odpadów segregowanych u źródła na podstawie złożonych deklaracji przez mieszkańców Gminy”. Wykonawca zaznaczył również, że zgodnie z jego wieloletnim doświadczeniem, z roku na rok obserwuje znacząco rosnącą ilość zbiórki odpadów segregowanych, wskazując przy tym, że do wyliczeń kwoty oferowanej za odbiór i zagospodarowanie odpadów komunalnych przyjął „odpowiednią proporcję pomiędzy odpadami zmieszanymi a segregowanymi, co ma również przełożenie na uzyskanie odpowiednich poziomów odzysku. Obserwujemy, że świadomość społeczeństwa w tym zakresie znacznie wzrasta na co zapewne ma wpływ edukacja prowadzona przez różne źródła (...), szacowane uzyskane przychody ze sprzedaży odpadów segregowanych oraz obniżenie kosztów obsługi dotychczasowej metody prowadzenia usługi przyczyniło się do wyliczenia kwoty oferowanej”.

Krajowa Izba Odwoławcza zważyła, co następuje:

Odwołanie nie zasługuje na uwzględnienie.

Izba wskazuje, iż ustawa Pzp nie precyzuje pojęcia rażąco niskiej ceny. Nie definiują go również przepisy dyrektyw Unii Europejskiej będące u podstaw przedmiotowej regulacji. Znaczenia tego wyrażenia nie wyjaśnia również orzecznictwo Europejskiego Trybunału Sprawiedliwości. Mając na względzie cel przedmiotowej regulacji przyjmuje się, iż za ofertę z rażąco niską ceną można uznać ofertę z ceną niewiarygodną, nierealistyczną w porównaniu do cen rynkowych podobnych zamówień. Oznacza to cenę znacząco odbiegającą od cen przyjętych, wskazującą na fakt realizacji zamówienia poniżej kosztów wytworzenia usługi, dostawy, roboty budowlanej. Zgodnie z orzecznictwem ETS (C-103/88 Constanzo) niedopuszczalne jest automatyczne uznawanie cen za rażąco niskie na podstawie wyłącznie kryterium arytmetycznego i odrzucanie ofert poniżej pewnego poziomu. Jak wynika z treści art. 89 ust. 1 pkt 4 ustawy Pzp punktem odniesienia dla kwalifikacji ceny jako rażąco niskiej jest ustalona przez zamawiającego cena za przedmiot zamówienia. Ceną ustaloną przez zamawiającego, która będzie stanowiła punkt odniesienia do stwierdzenia, czy mamy do czynienia z rażąco niską ceną, będzie wartość przedmiotu zamówienia ustalona przez zamawiającego powiększona o podatek VAT. Przepis art. 89 ust. 1 pkt 4 ustawy Pzp wyraźnie bowiem wskazuje, iż chodzi o odniesienie ceny do przedmiotu zamówienia. W chwili oceny ofert, jedynym obiektywnym wyznacznikiem tego, czy cena może być uznana za rażąco niską jest wartość zamówienia z podatkiem VAT. Wyznacznik ten nie jest jednak wyznacznikiem bezwzględnie wiążącym i ostatecznym, ze względu choćby na możliwość oszacowania przez zamawiającego wartości zamówienia z nienależytą starannością czy specyfikę danego postępowania. W doktrynie i orzecznictwie wskazuje się na odniesienie również do cen zaoferowanych przez innych wykonawców, gdy zaoferowane ceny znacząco się od siebie różnią oraz do cen rynkowych. Równocześnie należy podkreślić, że sam fakt, że cena oferty jest niższa od wartości szacunkowej zamówienia oraz cen innych ofert złożonych w postępowaniu nie jest jeszcze wystarczający dla uznania danej ceny za rażąco niską. Izba podziela stanowisko, iż konieczne jest zindywidualizowane podejście do każdej sprawy związanej z zarzutem ceny rażąco niskiej, a oceny należy dokonywać uwzględniając specyfikę danego przedmiotu zamówienia.

W pierwszej kolejności należy odnieść się do stanowiska Odwołującego, który stwierdza, że już różnice występujące pomiędzy ceną oferty Wykonawcy a ceną oferty Odwołującego, jak i dysproporcje wynikające z porównania wartości szacunkowej zamówienia powiększonej o podatek VAT z ceną oferty Wykonawcy, pozwalają na uznanie, że Wykonawca zaoferował rażąco niską cenę za wykonanie zamówienia.

Zdaniem Izby, odnoszenie się do wartości szacunkowej zamówienia ustalonej przez Zamawiającego jako wyznacznika tego, czy cena może być uznana za rażąco niską nie jest

prawidłowe. Występujące dysproporcje mogą jedynie prowadzić do wdrożenia procedury wezwania do złożenia wyjaśnień, w trybie przepisu art. 90 ust. 1 ustawy Pzp. Niezależnie od powyższego nie sposób pominąć, iż Zamawiający na rozprawie wskazał, że szacunkowa wartość przedmiotu zamówienia została ustalona z pewnym nadmiarem, mając na względzie bezpieczną kalkulację i w warunkach, w których Zamawiający nie ma doświadczenia, bowiem czyni to po raz pierwszy. W konsekwencji, ustalenie przez Zamawiającego opłat uiszczanych przez mieszkańców nie może mieć również rozstrzygającego znaczenia w niniejszej sprawie.

W ocenie Izby, również bezpośrednie odniesienie do ceny ofertowej Odwołującego jako jedynej, poza ofertą Wykonawcy, nie stanowi przekonywującego argumentu dla wniosku, że oferta Wykonawcy zawiera cenę nierynkową. Nie sposób bowiem na podstawie cen dwóch ofert ustalić występowania określonego trendu na rynku w danym segmencie usług. Wskazywane zaś przez Odwołującego ceny oferowane za tego rodzaju usługi, nawet przyjmując, że taki jest ich poziom, choć Odwołujący tego nie wykazał, nie mogą mieć rozstrzygającego znaczenia, po pierwsze z tej przyczyny, że dotyczą całego kraju, nie uwzględniając specyfiki lokalnej, a nadto zakresu przedmiotu zamówienia i warunków każdego z wykonawców. Nie sposób również nie zauważyć, że cena zaoferowana przez Odwołującego, w przeliczeniu na jednego mieszkańca, zbliżona jest do ceny najkorzystniejszej, ale najwyższej spośród cen ofert najkorzystniejszych zaproponowanych w sąsiednich gminach (odpowiedź na odwołanie Zamawiającego). Oznacza to, że ceny niższe od ceny oferty Odwołującego w danych warunkach lokalnych stanowią również przejaw tendencji rynkowych.

Nie bez znaczenia jest również okoliczność, na którą wskazywał Zamawiający, że Zamawiający udzielił zamówienia na wykonanie przedmiotu niniejszego zamówienia w miesiącu lipcu 2013 r. za cenę 3,43 zł w przeliczeniu na jednego mieszkańca i zamówienie to zostało wykonane w sposób należyty (umowa nr RŚNL/OŚ/6/2013 z dnia 27.06.2013 r.). Zamawiający zlecił również wykonanie zamówienia na analogiczny przedmiot w miesiącu sierpniu i wrześniu 2013 r. za cenę 3,07 zł w przeliczeniu na jednego mieszkańca (umowa nr RŚNL/OŚ/8/2013 z dnia 25.07.2013 r.). Okoliczność powyższa wskazuje, że po pierwsze, cena zaproponowana przez Wykonawcę jest zbliżona do ceny zaproponowanej za realizację zamówienia w miesiącu lipcu 2013 r. i analogiczna za wykonanie zamówienia w dalszym okresie. Zaś jej realny charakter potwierdza dodatkowo fakt, że realizacja zamówienia przebiega bez zakłóceń, a pierwsze z zamówień zostało wykonane w sposób prawidłowy.

W dalszej kolejności należy zauważyć, że w sytuacji wszczęcia procedury na wykonawcy spoczywa ciężar wykazania, że zaoferowana przez niego cena nie jest rażąco niska. Natomiast w przypadku złożenia wyjaśnień poddanych następnie ocenie przez

zamawiającego ciężar dowodu co do niewystarczalności złożonych wyjaśnień dla uznania, że oferta nie zawiera rażąco niskiej ceny, spoczywa na odwołującym. Potwierdza to np. wyrok Sądu Okręgowego w Katowicach z dnia 30 stycznia 2007 r., sygn. akt XIX Ga 3/07, w którym Sąd stwierdził iż *„Jeżeli zamawiający nie stwierdzi rażącego zaniżenia ceny, to w sporze z innym wykonawcą obowiązują ogólne zasady dowodowe, w tym art. 6 Kc, zgodnie z którym ciężar udowodnienia faktu spoczywa na tym, kto z faktu tego wywodzi skutki prawne”* (wyrok KIO z dnia 17 października 2008 r., sygn. akt KIO/UZP 1068/08).

Odnosząc powyższe rozważania do niniejszego stanu faktycznego stwierdzić należy, że jeśli Zamawiający uzna za wystarczające, a tak było w niniejszej sprawie, wyjaśnienia Wykonawcy w przedmiocie rażąco niskiej ceny to ciężar udowodnienia faktu, że Wykonawca zaoferował cenę, za którą wykonanie zamówienia nie jest możliwe spoczywa na Odwołującym.

Izba nie podziela stanowiska Odwołującego, że w niniejszej sprawie, ze względu na treść wyjaśnień, uznać należy że wyjaśnienia w ogóle nie zostały złożone. Prawdą jest, że Wykonawca nie przedstawił sposobu kalkulacji ceny ofertowej ani nie podał miejsca i kosztów zagospodarowania odpadów. Jednakże, na próżno w przepisach prawa poszukiwać wskazania szczegółowego zakresu wyjaśnień, które mają być udzielone przez wykonawcę. Z przepisu art. 90 ust. 1 i 2 ustawy Pzp można wywieść normę prawną, zgodnie z którą wyjaśnienia winny zawierać informacje na temat elementów mających wpływ na wysokość ceny, ze szczególnym uwzględnieniem obiektywnych czynników. Nadto, w ocenie Izby, z przepisów art. 90 ustawy Pzp nie wynika obowiązek przedstawienia dowodów potwierdzających okoliczności wskazane w treści wyjaśnień.

Analizując treść wyjaśnień złożonych przez Wykonawcę nie sposób zgodzić się ze stanowiskiem Odwołującego, że wyjaśnienia te mają charakter lakoniczny i ogólnikowy. Wykonawca wskazał wprost na czynniki, które pozwoliły mu na skalkulowanie ceny oferty na określonym poziomie. Zawarcie umowy na obsługę linii segregacyjnych z pomiotem zewnętrznym, który dodatkowo oferuje odpis na PFRON jest przyczyną jak najbardziej konkretną. Podobnie jak zawarcie umów z odbiorcami odpadów segregowanych, oferującymi wysokie ceny czy też współpraca z organizacją odzysku. Zdaniem Izby, podane przyczyny dały Zamawiającemu podstawę do przyjęcia, że cena zaproponowana przez wykonawcę jest realistyczna. Wskazano bowiem na czynniki, które mają wpływ na cenę zamówienia a jednocześnie nie można zgodzić się z Odwołującym, że są analogiczne dla każdego z wykonawców. Jeśli nawet każdy z wykonawców brał je pod uwagę, kalkulując koszt wykonania niniejszego zamówienia, choć Odwołujący okoliczności tej nie udowodnił, to z pewnością nie można przyjąć, że każdy z wykonawców uwzględnił je na tym samym poziomie. W warunkach rynkowych zasady współpracy pomiędzy przedsiębiorcami są ustalane w sposób bardzo zróżnicowany, zatem za nieuprawnione należy uznać przyjęcie,

że każdy z wykonawców, który złożył ofertę w niniejszym postępowaniu w taki sam sposób zaplanował realizację zamówienia. Oczywistym jest bowiem, że szczegółowy sposób realizacji zamówienia każdy wykonawca określał indywidualnie, uwzględniając dostępne mu możliwości.

Podsumowując, w ocenie Izby, brak podstaw do stwierdzenia, że Wykonawca nie złożył wyjaśnień, a tym samym doszło do naruszenia przez Zamawiającego przepisu art. 90 ust. 3 ustawy Pzp. Zauważyć przy tym należy, że stopień szczegółowości wyjaśnień nie został przez ustawodawcę określony, a wskazane przez Wykonawcę czynniki dawały Zamawiającemu podstawę do dokonania oceny. Zdaniem Izby, stwierdzenie braku wyjaśnień w sytuacji ich formalnego złożenia jest możliwe jedynie w sytuacji, w której wyjaśnienia nie dają podstaw do rozstrzygnięcia przez zamawiającego w przedmiocie rażąco niskiej ceny, bowiem poziom ich ogólności powoduje, że nie poddają się weryfikacji. Dla przykładu, jeśli wykonawca wskazuje na oszczędność metody wykonania bez wskazania źródła tej oszczędności lub na doświadczenie w realizacji tego typu kontraktów bez dalszego uzasadnienia. W niniejszej sprawie zaś Wykonawca wskazał określone czynniki, które zostały pozytywnie zweryfikowane przez Zamawiającego, co oznacza, że dla wykazania zaferowania ceny rażąco niskiej Odwołujący winien wykazać brak wpływu rzeczonych okoliczności na cenę oferty Wykonawcy.

Po pierwsze, Odwołujący wskazał, że nowy system gospodarki odpadami, wbrew twierdzeniom Wykonawcy, znacznie zwiększa ilość obowiązków, co wpływa na podwyższenie kosztów realizacji usługi a nie na ich obniżenie. Jednakże zdaniem Izby, Odwołujący powyższej okoliczności nie wykazał. W pierwszej kolejności należy zwrócić uwagę, że szereg czynności, na które wskazuje Odwołujący, nie są czynnościami „nowymi”, których realizację wymuszają nowe regulacje, a były wykonywane również wcześniej przez wykonawców, jak chociażby dostarczanie worków do segregacji odpadów komunalnych, dostarczanie harmonogramu odbioru odpadów, zaopatrywanie nieruchomości w pojemniki. Podmiot prowadzący działalność gospodarczą w zakresie odbierania odpadów komunalnych miał również liczne obowiązki sprawozdawcze wobec wójta, burmistrza, prezydenta miasta. Obowiązkiem nowym z pewnością jest zapewnienie Zamawiającemu dostępu do systemu monitoringu i lokalizacji GPS, natomiast jak wynika z dowodów przedłożonych przez Zamawiającego (załącznik nr 10) koszty te w przypadku Wykonawcy nie są wysokie i nie są istotne z punktu widzenia realizacji całości zamówienia. Natomiast Odwołujący skutecznie nie zaprzeczył, że indywidualna obsługa mieszkańców w przedmiocie odbioru odpadów i związane z tym administrowanie i rozliczanie dedykowane do konkretnej osoby jest bardziej kosztowna niż w nowym systemie odbioru odpadów komunalnych.

Odwołujący w istocie nie odniósł się argumentacji, że realizacja części zamówienia przez podmioty zewnętrzne umożliwia uzyskanie oszczędności. Analiza treści załącznika nr

1 (umowa zakupu usług, czynności pomocniczych zawarta w dniu 18 lipca 2013 r. z wykonawcą SOLTER Sp. z o.o.) pozwala na stwierdzenie, że zapewnienie wykonawcy ulgi w postaci odpisu na PEFRON w wysokości nie mniejszej niż 60% wartości wystawianych faktur przy uwzględnieniu cen uzyskiwanych przez Wykonawcę za surowce wtórne (załącznik nr 7 i 8) z jednej strony pozwala na uzyskanie znacznych oszczędności, z drugiej zaś strony pozwala na osiągnięcie zysku ze sprzedaży tych surowców. Jednocześnie argument, że możliwość uzyskania odpisu na PEFRON nie zbilansuje kosztów z tytułu zagospodarowania odpadów jest nietrafny, bowiem Wykonawca wskazując na oszczędności uzyskane z podanego źródła nie stwierdzał, że będą przeznaczone na pokrycie kosztów z tytułu zagospodarowania odpadów.

Nie bez znaczenia jest również możliwość zatrudnienia przy realizacji zamówienia w ramach nieodpłatnych prac publicznych skazanych (załącznik nr 2 – umowa o nieodpłatne zatrudnienie skazanych z dnia 21.03.2011 r.). Wykonawca z tego tytułu uzyskuje oszczędności, które w sposób bezpośredni przekładają się na cenę oferty najkorzystniejszej.

Wykonawca wskazał dodatkowo, że segregacja odpadów na poszczególne frakcje i w ramach nich na poszczególne elementy pozwala uzyskać korzystne ceny ich sprzedaży. Jak stwierdził sam Odwołujący, ceny, jakie osiągają surowce wtórne są bardzo różne. Wykonawca, w piśmie z dnia 29 lipca 2013 r., dokładnie wskazał, jakie uzyskuje ceny za PET w zależności od rodzaju a Odwołujący możliwości ich uzyskania i wysokości nie zakwestionował. Ewentualnie nie wskazał, że dokonuje sprzedaży na analogicznych warunkach, a jednocześnie nie pozwala to na obniżenie ceny realizacji zamówienia.

Co do wskazywanej przez Wykonawcę współpracy z organizacją odzysku i uzyskiwaniem wysokich dopłat do odpadów segregowanych zauważyć należy, że Odwołujący w tym przedmiocie zakłada, iż każdy z wykonawców przy kalkulacji oferty uwzględni tego rodzaju okoliczność, choć wprost nie wskazał, że taką współpracę również nawiązał. Nadto, Odwołujący przyjmując wysokość dopłat możliwych do uzyskania sięga do informacji prasowych. Potrzeba jest zaś uwzględnienia indywidualnych warunków każdego wykonawcy, a te w przypadku Wykonawcy, który złożył ofertę najkorzystniejszą są dużo wyższe niż średnia wskazana przez Odwołującego, stąd też szacunki Odwołującego nie mogą być rozstrzygające.

Co do argumentu, że Wykonawca przyjął nierealne założenia co do odpadów segregowanych u źródła zauważyć należy, że Odwołujący w sposób nieuprawniony pomija, iż Wykonawca w swoich wyjaśnieniach wskazał, że wzrost zbiórki odpadów segregowanych oszacował na podstawie deklaracji złożonych przez mieszkańców Gminy. Odwołujący koncentruje się na sformułowaniu, że Wykonawca przyjął odpowiednią proporcję pomiędzy odpadami segregowanymi a zmieszany, wywodząc, że Wykonawca założył gwałtowny wzrost odpadów segregowanych, gdy tymczasem brak takiego potwierdzenia w treści

wyjaśnień. Co więcej, sam Odwołujący stwierdza w treści odwołania, że Wykonawca nie wskazał, mówiąc o wzroście odsetka odpadów zbieranych selektywnie, jaki procent przyjął ostatecznie do wyliczenia ceny ofertowej.

Na marginesie wskazać jedynie należy, że prognoza Zamawiającego odnośnie ilości odpadów komunalnych, przedstawiona w tabeli nr 2 załącznika nr 8 do SIWZ, została przez Wykonawcę przyjęta z pewną rezerwą co do ilości, a zwłaszcza co do wzrostu zbiórki odpadów segregowanych, w szczególności odpadów z terenów zielonych, metali i tekstyliów.

Co do kosztów zagospodarowania odpadów zmieszanych, to sam Odwołujący wskazuje, że winny one być zbliżone. W ocenie Izby, takie właśnie są. Z oferty przedstawionej przez Odwołującego wynika, że koszt zagospodarowania przedmiotowych odpadów w RIPOK kształtuje się na poziomie 210,00 zł, zaś Wykonawca przyjmuje go na poziomie 195,00 zł. Jednocześnie okoliczność, że Odwołujący uzyskał określoną ofertę na zagospodarowanie zmieszanych odpadów komunalnych i odpadów zielonych od prowadzącego regionalną instalację do przetwarzania odpadów komunalnych w Knurowie nie oznacza, że analogiczną ofertę otrzymał Wykonawca. W tym stanie rzeczy status poszczególnych instalacji nie ma istotnego znaczenia dla sprawy.

Natomiast sposób postępowania z odpadami i ich zagospodarowania, a więc, czy będą przetwarzane w odpowiedniej instalacji i czy zostaną spełnione przez Wykonawcę wymagania dotyczące procesów przetwarzania odpadów, wynikające z działu VIII ustawy o odpadach, nie mieści się w zakresie zarzutów podniesionych w odwołaniu, a tym samym pozostaje poza rozstrzygnięciem Izby (art. 192 ust. 7 ustawy Pzp).

Reasumując, Odwołujący nie wykazał, że okoliczności, które w ocenie Wykonawcy mają wpływ na cenę oferty najkorzystniejszej w istocie takiego charakteru nie mają ani też, że nie znajdują uzasadnienia. Odwołujący przedstawił swoją wizję kalkulacji ceny oferty, przyjmując pewne założenia hipotetyczne, które nie odnoszą się do Wykonawcy. Jednocześnie Odwołujący nie przedstawił żadnej kalkulacji, z której wynikałoby, że wykonanie zamówienia za kwotę zaoferowaną przez Wykonawcę nie jest możliwe. Z tych względów zarzut naruszenia przepisu art. 89 ust. 1 pkt 4 ustawy Pzp nie jest uzasadniony.

Izba uznała również za chybiony zarzut naruszenia przepisu art. 89 ust. 1 pkt 2 ustawy Pzp. Odwołujący nie udowodnił bowiem, że Wykonawca nie dokonał wyceny wszystkich elementów objętych przedmiotem zamówienia.

Niestwierdzenie przez Izbę ww. naruszeń powoduje, iż zarzut naruszenia przepisu art. 7 ust. 1 ustawy Pzp również nie zasługuje na uwzględnienie.

Wobec powyższego orzeczono jak w sentencji.

O kosztach postępowania orzeczono stosownie do wyniku sprawy, na podstawie art. 192 ust. 9 i 10 w zw. z § 3 pkt 1 lit. a 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), zaliczając do kosztów postępowania odwoławczego wpis od odwołania w wysokości 15.000,00 zł.

Przewodniczący: