

Sygn. akt: KIO 436/15

**WYROK**  
**z dnia 24 marca 2015 roku**

**Krajowa Izba Odwoławcza** - w składzie:

**Przewodniczący: Katarzyna Prowadzisz**

**Protokolant: Paweł Puchalski**

po rozpoznaniu na rozprawie w dniu 19 marca 2015 roku, w Warszawie, odwołania wniesionego do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej w dniu 5 marca 2015 roku przez wykonawcę Zakład Usług Komunalnych „USKOM” Sp. z o.o. z siedzibą w Mławie przy ulicy Płockiej 102, 06-500 Mława

w postępowaniu prowadzonym przez Zamawiającego Miejskie Przedsiębiorstwo Oczyszczania w m. st. Warszawie Sp. z o.o. z siedzibą w przy ulicy Obozowej 43, 01-161 Warszawa

przy udziale wykonawców wspólnie ubiegających się o zamówienie ZZO Sokółka Sp. z o.o. z siedzibą w Warszawie przy ulicy Marszałkowskiej 111, 00-102 Warszawa (pełnomocnik) oraz Czyścioch Sp. z o.o. z siedzibą w Białymstoku zgłaszających przystąpienie do postępowania odwoławczego po stronie Zamawiającego

**orzeka**

1. Oddala odwołanie.
2. Kosztami postępowania obciąża wykonawcę Zakład Usług Komunalnych „USKOM” Sp. z o.o. z siedzibą w Mławie przy ulicy Płockiej 102, 06-500 Mława i:
  - 2.1. zalicza w poczet kosztów postępowania odwoławczego kwotę **15 000 zł 00 gr** (słownie: piętnaście tysięcy złotych, zero groszy) uiszczoną przez wykonawcę Zakład Usług Komunalnych „USKOM” Sp. z o.o. z siedzibą w Mławie przy ulicy Płockiej 102, 06-500 Mława;
  - 2.2. zasądza od wykonawcy Zakład Usług Komunalnych „USKOM” Sp. z o.o. z siedzibą w Mławie przy ulicy Płockiej 102, 06-500 Mława na rzecz Zamawiającego Miejskie Przedsiębiorstwo Oczyszczania w m. st.

Warszawie Sp. z o.o. z siedzibą w przy ulicy Obozowej 43, 01-161  
Warszawa kwotę **3 600 zł 00 gr** (słownie: trzy tysiące sześćset złotych  
zero groszy) stanowiącą koszty poniesione z tytułu zastępstwa prawnego.

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 Warszawie.

**Przewodniczący:** .....

## UZASADNIENIE

Zamawiający Miejskie Przedsiębiorstwo Oczyszczania w m. st. Warszawie Sp. z o.o. prowadzi postępowanie o udzielenie zamówienia publicznego w trybie przetargu nieograniczonego na *Odbiór i przetwarzanie (z wyjątkiem składowania) odpadów o kodzie 19 12 12 – inne odpady (w tym zmieszane substancje i przedmioty) z mechanicznej obróbki odpadów inne niż wymienione w 19 12 11.*

5 marca 2015 roku działając na podstawie art. 180 ust. 1 ustawy Prawo zamówień publicznych (Dz. U. z 2013 roku, poz. 907 ze zm.; dalej: „Pzp” lub „ustawa”) Odwołujący wniósł odwołanie na czynność Zamawiającego polegającą na zaniechaniu odrzucenia oferty złożonej przez wykonawców wspólnie ubiegających się o zamówienie ZZO Sokółka Sp. z o.o. z siedzibą w Warszawie przy ulicy Marszałkowskiej 111, 00-102 Warszawa (pełnomocnik) oraz Czyścioch Sp. z o.o. z siedzibą w Białymstoku (dalej: Konsorcjum) jako zawierającej rażąco niską cenę stosunku do przedmiotu zamówienia oraz niezgodności treści oferty z treścią Specyfikacji Istotnych Warunków Zamówienia (dalej: SWIZ).

### Odwołujący zarzucił Zamawiającemu naruszenie:

- art. 89 ust. 1 pkt 2) ustawy - przez jego niezastosowanie, polegające na zaniechaniu odrzucenia oferty Konsorcjum mimo, iż oferta ta jest niezgodna jest z SWIZ,
- art. 89 ust. 1 pkt 4) ustawy przez jego niezastosowanie polegające na zaniechaniu odrzucenia oferty Konsorcjum, mimo iż oferta ta zawierała rażąco niską cenę,
- art. 90 ust. 2 ustawy przez jego błędne zastosowanie, polegające na przyjęciu, iż Konsorcjum udowodniło, iż jego oferta nie zawiera rażąco niskiej ceny w stosunku do przedmiotu zamówienia;
- art. 90 ust 3 ustawy przez jego niezastosowanie, polegające na zaniechaniu dokonania oceny wyjaśnień Konsorcjum w oparciu o obiektywne czynniki i zaniechaniu odrzucenia oferty Konsorcjum.

Odwołujący wniósł o: uwzględnienie odwołania w całości i nakazanie Zamawiającemu unieważnienia decyzji o wyborze najkorzystniejszej oferty z dnia 23 lutego 2015 r., odrzucenie oferty Konsorcjum, przeprowadzenia ponownego badania i oceny ofert, dokonanie wyboru oferty Odwołującego jako najkorzystniejszej oraz zasądzenie kosztów postępowania na rzecz Odwołującego wg norm przepisanych.

Odwołujący podał, że zawiadomienie o wyborze najkorzystniejszej oferty zostało przekazane

Odwołującemu w dniu 23 lutego 2015 r., wobec czego odwołanie wnoszone jest z zachowaniem w terminu wynikającego z ustawy.

Interes Odwołującego w uzyskaniu zamówienia doznał uszczerbku, gdyż Zamawiający niesłusznie dokonał wyboru wykonawcy Konsorcjum. Oferta Odwołującego jest ofertą z następną w kolejności ceną, która stanowi zasadnicze kryterium wyboru najkorzystniejszej oferty, a także może ponieść szkodę w związku z zarzucanymi Zamawiającemu naruszeniami ustawy, które pozbawiają Odwołującego możliwości uzyskania odpłatnego zamówienia publicznego.

Odwołujący następująco uzasadnił przedstawione w odwołaniu zarzuty:

Wartość zamówienia przekracza kwoty określone w przepisach wydanych na podstawie art. 11 ust. 8 ustawy i została ustalona przez Zamawiającego na kwotę 13 999 800,00 zł, co stanowi równowartość 3 313 640,56 euro.

Bezpośrednio przed otwarciem ofert Zamawiający podał kwotę jaką zamierza przeznaczyć na sfinansowanie zamówienia, w wysokości 15 119 784,00 zł brutto.

W dniu 23 lutego 2015 r. Zamawiający poinformował wykonawców biorących udział w postępowaniu o wyborze oferty. Za najkorzystniejszą ofertę została uznana oferta Konsorcjum opiewająca na kwotę 7 507 728, 00 zł brutto. (Dowód: Pismo Zamawiającego z dnia 23 lutego 2015 r.)

Odwołujący podniósł, że czynność Zamawiającego dotycząca wyboru oferty Konsorcjum jako najkorzystniejszej w postępowaniu narusza przepisy art. 89 ust. 1 pkt 2) ustawy, art. 89 ust. 1 pkt 4) ustawy, art. 89 ust. 1 pkt 6 ustawy, art. 90 ust. 2 ustawy, art. 90 ust. 3 ustawy i jako taka jest nieprawidłowa i chybiona.

I.

W pierwszej kolejności należy wskazać, iż wybrana jako najkorzystniejsza oferta Konsorcjum, w ocenie Odwołującego, pozostaje w sprzeczności z SIWZ.

Opisany przez Zamawiającego przedmiot zamówienia wskazuje wprost w samym tytule, że zamawiana usługa nie może polegać na składowaniu odbieranych odpadów o kodzie 19 12 12 -przez użycie zwrotu „(z wyjątkiem składowania)”. Ponadto Zamawiający w odpowiedzi na pytania wykonawców z dnia 31 grudnia 2014 r. wyraźnie potwierdził, iż przedmiotowe

odpady nie mogą być przetworzone poprzez składowanie (Dowód: SIWZ, Pismo Zamawiającego z dnia 31 grudnia 2014 r.). Tymczasem złożone przez Konsorcjum dokumenty oraz wyjaśnienia do oferty prowadzą do wniosku, iż właśnie będzie podstawową metodą przetwarzania odbieranych odpadów. Konsorcjum oświadczyło, iż przyjęte do zagospodarowania odpady o kodzie 19 12 12 (frakcja podsitowa) zostaną poddane procesowi kompostowania oraz składowania, m.in. przez wskazanie tych elementów przy kalkulacji kosztów.

W zakresie składowania - oferta Konsorcjum jest ewidentnie sprzeczna z postanowieniami SIWZ, które wprost wyłączają taką możliwość.

Z kolei w odniesieniu do możliwości kompostowania, ilości odpadów będącej przedmiotem zamówienia - 60.000,00 Mg/rok przez okres 12 miesięcy - planowo począwszy od dnia 16 marca 2015 r. (lub maksymalnie 15 kwietnia 2015r.), analiza oferty Konsorcjum prowadzi do wniosku, iż niemożliwe jest spełnienie wymogów ilościowych określonych w SIWZ.

Należy zwrócić w szczególności uwagę na okoliczność, iż z załączonej do oferty Konsorcjum decyzji z dnia 23 grudnia 2014 r. o udzieleniu pozwolenia zintegrowanego wynika, iż instalacja Konsorcjum - Centrum Innowacyjnej Gospodarki Odpadami (CIGO) zlokalizowana w Studziankach przy ul. Spółdzielczej 36, ma składać się z łącznie 24 reaktorów, przy czym analizując poszczególne warianty funkcjonowania CIGO, jedynie w 1 z 24 reaktorów ma odbywać się proces kompostowania, podczas gdy w pozostałych 23 reaktorach proces biostabilizacji. Powyższe potwierdzają przytoczone w decyzji zdolności przetwarzania: 107 640 Mg/rok - biostabilizacja odpadów (23 reaktory x 4.680 Mg/rok), 4.680 Mg/rok - kompostownia odpadów (1 reaktor 4.680 Mg/rok).

Już z pobieżnej analizy powyższego zestawienia wynika, iż niemożliwe będzie zagospodarowanie przez kompostowanie odpadów w ilości 60.000 Mg/rok.

Ponadto Zamawiający oceniając ofertę Konsorcjum, pominął całkowicie okoliczność wskazaną w przedmiotowej decyzji o udzieleniu pozwolenia zintegrowanego, iż określone tamże 24 reaktorów, jeszcze fizycznie nie istnieje. Decyzja datowana na dzień 23 grudnia 2014 r. wskazuje, iż do momentu rozbudowy CIGO m.in. o reaktory, w których zachodzić będzie I stopień biologicznego przekształcania odpadów, jednakże nie dłużej niż określają to przepisy rozporządzenia Ministra środowiska ws. mechaniczno-biologicznego przetwarzania zmieszanych odpadów komunalnych, przetwarzanie biologiczne odpadów prowadzone będzie przy wykorzystaniu tylko II stopnia biologicznego przetwarzania odpadów, tj. na placu dojrzewania w przyzmach (str. 5-6 decyzji). Oferowane zatem przez Konsorcjum CIGO jest wedle informacji Odwołującego póki co jedynie planowaną instalacją, nie zaś instalacją

gotową od przyjęcia i kompostowania odpadów począwszy od dnia 16 marca 2015r. (Dowód: Oferta Konsorcjum wraz z załącznikami, Pismo Konsorcjum z dnia 12 lutego 2015r.).

W konsekwencji, należy stwierdzić, iż oferta Konsorcjum, nie jest zgodna z SIWZ, albowiem nie tylko wyklucza wykonanie w zakresie ilościowym założonych w SIWZ przerobów, ale ponadto zawiera sprzeczność również co do samej metody przetwarzania odpadów będących przedmiotem zamawianej usługi.

Zgodnie z brzmieniem art. 89 ust. 1 pkt 2) ustawy Zamawiający odrzuca ofertę, jeżeli jej treść nie odpowiada treści specyfikacji istotnych warunków zamówienia, z zastrzeżeniem art. 87 ust. 2 pkt 3, przy czym wskazany wyjątek dotyczy możliwości samodzielnego poprawienia przez Zamawiającego w danej ofercie omyłek polegających na niezgodności oferty ze specyfikacją istotnych warunków zamówienia, niepowodujących istotnych zmian w treści oferty.

Żadne z przytoczonych powyżej niezgodności oferty Konsorcjum z SIWZ nie stanowią takich drobnych omyłek, które nie powodowałyby zmiany treści oferty. Wręcz przeciwnie, wskazana oferta celem dostosowania jej do SIWZ - wymagałyby gruntownej zmiany, zarówno w zakresie technicznym (metoda przetwarzania odpadów), miejscowym (lokalizacja instalacji zdolnej do przetworzenia wymaganej ilości odpadów), a w konsekwencji - również w zakresie finansowym.

Odwołujący powołał wyrok KIO z dnia 14 stycznia 2013 r., wydany w sprawie o sygn. akt: KIO 2903/12, ([www.uzp.gov.pl](http://www.uzp.gov.pl)), zgodnie z którym niezgodność treści oferty z treścią SIWZ ma miejsce wówczas, gdy zaoferowany przez wykonawcę przedmiot zamówienia nie odpowiada przedmiotowi zamówienia opisanemu w SIWZ, co do zakresu, ilości, jakości, warunków realizacji i innych elementów istotnych dla wykonania przedmiotu zamówienia, a co oznacza, iż niezgodność treści oferty może dotyczyć tylko wymagań merytorycznych, które zostały określone w SIWZ. Tak więc dotyczy ona wyłącznie treści merytorycznej oferty, a nie jej formy. Natomiast uchybieniami co do formy - zgodnie z utrwaloną już linią orzeczniczą są w szczególności: brak numeracji stron, błędne podpisanie liczby stron oferty, brak parafy, brak trwałego spięcia oferty itp.

Wszystkie przytoczone w odwołaniu niezgodności oferty Konsorcjum, odnoszą się ewidentnie do merytorycznej treści oferty, konkretnie do samej istoty wykonywanej usługi. Należy także podkreślić, iż odrzucenie oferty z powodu niezgodności z SIWZ ma charakter

obligatoryjny, a nie uznaniowy. Powyższe zostało potwierdzone w wyroku Wojewódzkiego Sądu Administracyjnego w Warszawie z dnia 31 sierpnia 2010 r. wydanym w sprawie o sygn. akt: V SA/Wa 769/10, w którym WSA stwierdził, iż wymienione w art. 89 PZP przesłanki stanowią podstawy do odrzucenia oferty. Sformułowanie przepisu sprawia, że w sytuacji wystąpienia choćby jednej wymienionej w nim przesłanki zamawiający ma obowiązek a nie uprawnienie do odrzucenia oferty.

W konsekwencji w ocenie Odwołującego, zarzut naruszenia przez Zamawiającego art. 89 ust. 1 pkt 2) ustawy w związku z zaniechaniem odrzucenia oferty Konsorcjum pozostaje w pełni uzasadniony.

## II.

Niezależnie od powyższej argumentacji, nawet w przypadku uznania, iż oferta Konsorcjum byłaby zgodna z SIWZ (co Odwołujący niniejszym kwestionuje), to i tak winna być odrzucona przez Zamawiającego na podstawie art. 89 ust. 1 pkt 4) ustawy, albowiem zawiera rażąco niską cenę.

W pierwszej kolejności przed przytoczeniem poszczególnych okoliczności prawnych i faktycznych do uzasadnienia rażąco niskiej ceny oferty Konsorcjum, powołując się na utrwalone orzecznictwo Krajowej Izby Odwoławczej, sądów okręgowych oraz utrwalony pogląd doktryny należy podkreślić, że przez rażąco niską cenę należy rozumieć cenę niewiarygodną, oderwaną od realiów rynkowych, cenę, za którą wykonanie umowy przez wykonawcę byłoby dla niego nieopłacalne. Przykładem może być oferowanie towarów poniżej kosztów zakupu lub wytworzenia (wyrok Sądu Okręgowego w Katowicach z 30 stycznia 2007 r., sygn. akt XIX Ga 3/07).

Cena rażąco niska to cena nie tylko odbiegająca od ceny rynkowej, ale i taka cena, za którą nie można wykonać danego zamówienia, przy założeniu, że wykonawca zastosował wszelkie możliwe oszczędności (orzeczenie zespołu arbitrów z 13 czerwca 2007 r., sygn. akt UZP/ZO/0-666/07). W przypadku gdy w ocenie zamawiającego zaoferowana przez wykonawcę cena budzi wątpliwości co do tego czy nie jest rażąco niska, przed ewentualnym odrzuceniem takiej oferty, zamawiający zobowiązany jest zastosować procedurę wynikającą z art. 90 ust. 1 ustawy, tj. wezwać wykonawcę do złożenia wyjaśnień odnośnie elementów oferty mających wpływ na wysokość ceny, w szczególności w zakresie:

1. oszczędności metody wykonania zamówienia, wybranych rozwiązań technicznych, wyjątkowo sprzyjających warunków wykonywania zamówienia dostępnych dla wykonawcy, oryginalności projektu wykonawcy, kosztów pracy, których wartość przyjęta do ustalenia ceny nie może być niższa od minimalnego wynagrodzenia za pracę

ustalonego na podstawie art. 2 ust. 3-5 ustawy z dnia 10 października 2002 r. o minimalnym wynagrodzeniu za pracę,

2. pomocy publicznej udzielonej na podstawie odrębnych przepisów.

Zamawiający pismem z 6 lutego 2015 r. wezwał do udzielenia wyjaśnień, w tym złożenia dowodów dotyczących elementów oferty mających wpływ na wysokość ceny, wskazując jednocześnie, że oczekuje złożenia wyjaśnień w zakresie wskazanym w art. 90 ust 1 pkt 1 i 2 ustawy (Dowód: Pismo Zamawiającego z dnia 6 lutego 2015 r.).

Pismo jakie Konsorcjum złożyło w dniu 12 lutego 2015 r. w odpowiedzi na powyższe wezwanie w ocenie Odwołującego nie może w istocie zostać uznane za wyjaśnienia, gdyż Wykonawca na rzezone pytania nie odpowiedział lub odwołał się do ogólników możliwych do zastosowania przez każdego innego dowolnego wykonawcę (Dowód: Pismo Konsorcjum z dnia 12 lutego 2015 r.).

Pierwsza z poruszonych w wyjaśnieniach Konsorcjum kwestia dotyczy posiadania własnego zaplecza technicznego oraz bazy, co powoduje brak potrzeby najmu terenu na bazę. W ocenie Odwołującego powyższe nie może zostać uznane za okoliczność uzasadniającą podanie przez Wykonawcę takiej, a nie innej ceny. Należy wskazać, że dysponowanie odpowiednim potencjałem technicznym jest jednym z wymagań, wskazanych w SIWZ stawianych przez Zamawiającego. Brak konieczności najmu bazy, a więc posiadanie własnej bazy nie może być na gruncie niniejszej sprawy uznawane za wyjątkowo sprzyjający warunek czy też oszczędność metody. Posiadanie własnej bazy przedsiębiorstwa, zaplecza technicznego przez Wykonawców działających w tej branży, nie jest niczym nadzwyczajnym, a wręcz przeciwnie, stanowi pewien standard rynku.

Wskazywanie przez Konsorcjum, że jest firmą działającą na rynku lokalnym, zatrudniającą pracowników zamieszkujących w bliskim sąsiedztwie tezą w żaden sposób nie potwierdza tezy o obniżeniu dzięki temu kosztów pracowniczych. W szczególności Konsorcjum nie poparło rzekomego zminimalizowania kosztów w związku z zatrudnieniem, jakimikolwiek konkretnymi faktami. Sama okoliczność, że pracownicy Konsorcjum zamieszkują w pobliżu zakładu pracy nie przekłada się w żaden sposób na ustalenie ceny zamówienia. Konsorcjum jako pracodawca nie ma obowiązku zapewnienia dojazdu do pracy swoim podwładnym, a zatem okoliczność będąca normą w danych stosunkach, nie może być traktowana na gruncie wyjaśnień złożonych przez Konsorcjum - wykonawcę w postępowaniu, jako wyjątkowo sprzyjająca okoliczność, uprawniająca do wyjątkowo niskiej ceny.



Wypracowany system zarządzania logistyką, o którym wspomina Konsorcjum, a który to jego zdaniem usprawnił organizację pracy w sposób pozwalający na obniżenie kosztów i sprzętu o 30 % nie jest poparty jakąkolwiek logiczną lub wiarygodną argumentacją. Podobnie jak pozostałe tezy zawarte w przedmiotowych wyjaśnieniach także powyższa nie zawiera faktycznego uzasadnienia. Co więcej, w podobnie enigmatyczny sposób Konsorcjum mogło podać każde inne procentowe określenie np. 10 % lub 50 %, nie dając możliwości aby na podstawie w tak złożonych wyjaśnień zweryfikować w jaki sposób i w jakim wymiarze faktycznie zredukowano obniżenie kosztów pracy pracowników i sprzętu. Jedynie na marginesie Konsorcjum zaznacza, że ów bliżej nieokreślony system ma wpływ na koszt pokonania 1 km przy świadczeniu usługi. Tymczasem w przedmiotowym postępowaniu powinno się rozważać przede wszystkim koszt zagospodarowania odpadów, ponieważ to ten element jest najbardziej kosztotwórczy. W tym kontekście wyjaśnienia złożone przez Konsorcjum bazują na próbie wykazania sprzyjających warunków, ale jedynie w zakresie transportu odpadów, pomijając zupełnie aspekt kosztowy przetworzenia tych odpadów.

Niewiarygodnie przedstawia się także zaprezentowana kalkulacja kosztów w zakresie tzw. kosztów ogólnych. Biorąc pod uwagę, że koszty wynagrodzenia pracowników zostały przyporządkowane przez Wykonawcę do powyższej kategorii kosztów ogólnych, w których mieszczą się także pośrednie oraz koszty ubezpieczenia i określenie ceny łącznej na maksymalnie 5,50 zł/Mg, rysuje się zasadnicza wątpliwość odnośnie kosztów pracy. Należy pamiętać, że wartość przyjęta do ustalenia ceny nie może być niższa od minimalnego wynagrodzenia za pracę ustalonego na podstawie art. 2 ust. 3-5 ustawy z dnia 10 października 2002 r. o minimalnym wynagrodzeniu za pracę (Dz. U. Nr 200, poz. 1679, z 2004 r. Nr 240, poz. 2407 oraz z 2005 r. Nr 157, poz. 1314). W tym miejscu należy powołać Wyrok Krajowej Izby Odwoławczej przy Prezesie Urzędu Zamówień Publicznych z dnia 20 października 2014 r. sygn. akt KIO 2061/14, który stanowi, iż choć, co do zasady, oferta może być oceniana w kontekście zarzutu ceny rażąco niskiej w odniesieniu do ceny za wykonanie całego przedmiotu zamówienia, a nie za poszczególne jego części czy pozycje kosztorysu, tym niemniej należy dopuścić możliwość badania pod kątem ceny rażąco niskiej elementów kalkulacyjnych oferty, o ile ich zaniżenie może przekładać się na rażące zaniżenie zaoferowanej ceny całkowitej.

Również argument Konsorcjum dotyczący posiadania własnego sprzętu oraz urządzeń do realizacji zamówienia tj. posiadanie warsztatu, stacji paliw, samochodów do transportu itp., dzięki czemu Wykonawca nie będzie ponosił kosztów związanych z wynajmem i obsługą sprzętu należy uznać za wyłącznie powtórzenie niezasadnej argumentacji dotyczącej posiadania własnej bazy i

zaplecza technicznego, jako elementu wyjątkowo sprzyjającemu redukcji kosztów, podczas gdy jak wskazano powyżej - w praktyce jest to powszechny standard rynkowy w branży gospodarki odpadami.

Trudno przyjąć za wiarygodną także przedstawioną kalkulację kosztów Konsorcjum w zakresie (unieszkodliwiania) składowania - w kwocie 27,00 zł/Mg, w sytuacji gdy sama tzw. „opłata marszałkowska”, tj. jednostkowa stawka opłaty za umieszczenie odpadów na składowisku, określona w obwieszczeniu Ministra Środowiska z dnia 11 sierpnia 2014 r. w sprawie wysokości stawek opłat za korzystanie ze środowiska na rok 2015 (M.P. z dnia 18 września 2014 r., załącznik nr 2, poz. 941, kod 19 05 99), wynosi dla tego typu odpadów kwotę 24,15 zł/Mg, co pozostawiałoby na pozostałe faktyczne koszty składowania - kwotę jedynie 2,85 zł/Mg. Taki poziom cen nie jest w żaden sposób uzasadniony, nawet w przypadku posiadania własnego składowiska.

Chybionym argumentem jest również ten dotyczący posiadania upustów i rabatów na paliwo bez jednoczesnego przedłożenia jakichkolwiek dowodów lub twierdzeń świadczących o wysokości ceny za paliwo. Zamawiający nie ma realnej możliwości porównania oferty Konsorcjum w tym zakresie z ceną rynkową, a zatem nie ma możliwości zweryfikowania czy ten warunek jest rzeczywiście wyjątkowo sprzyjający i czy jest on dostępny tylko dla Konsorcjum.

Reasumując powyższe należy stwierdzić, że pismo Konsorcjum z dnia 12 lutego 2015r. nie spełnia wymogów z art. 90 ust. 1 i 2 ustawy, gdyż nie wskazuje żadnej metody oszczędności wykonania zamówienia w stosunku do innych wykonawców, szczególnych rozwiązań technicznych, jakichkolwiek wyjątkowo sprzyjających warunków wykonywania zamówienia dostępnych tylko dla Konsorcjum, oryginalności prowadzenia prac, uzyskania jakiejś pomocy publicznej.

Złożone jako wyjaśnienia pismo ma bardzo ogólny charakter, uniwersalny, możliwy do zastosowania praktycznie we wszystkich innych podobnych postępowaniach, i to przez jakiegokolwiek wykonawcę. W konsekwencji zdaniem Odwołującego Zamawiający powinien był uznać, że wyjaśnienia, o których mowa w art.90 ust. 1 ustawy nie zostały złożone, a oferta Konsorcjum powinna zostać odrzucona na podstawie art. 90 ust. 3 ustawy.

Zamawiający powinien otrzymaną na swoje wezwanie w trybie art. 90 ust. 1 ustawy odpowiedź poddać bardzo wnikliwej analizie, przede wszystkim powinien ustalić, czy można ją w ogóle uznać za wyjaśnienia składane przez wykonawcę w trybie art. 90 ust. 1 ustawy. W opinii Odwołującego aby tak się stało, wyjaśnienia muszą pozwalać Zamawiającemu na dokonanie

oceny w takim zakresie, jaki wynika z art. 90 ust. 2 ustawy. Nie jest natomiast wystarczające samo zatytułowanie pisma wyjaśnieniami. Uzasadnieniem tych twierdzeń są orzeczenia Krajowej Izby Odwoławczej z 12 października 2009 r. (sygn. akt KIO/UZP 1415/09), w którym stwierdzono, co następuje: wystąpienie do wykonawcy w trybie art. 90 ust. 1 ustawy Prawo zamówień publicznych o wyjaśnienie elementów mających wpływ na wysokość ceny stanowi domniemanie, że zaproponowana w ofercie cena nosi znamiona ceny rażąco niskiej, a zatem dowód na twierdzenie przeciwne spoczywa na wykonawcy, który w złożonych wyjaśnieniach winien wykazać, że możliwe i realne jest rzetelne wykonanie zamówienia za zaproponowaną przez siebie cenę. Szczególnie istotne jest w niniejszym stanie faktycznym orzeczenie Krajowej Izby Odwoławczej z 17 marca 2009 r. (sygn. akt KIO/UZP 262/09), w którym Skład orzekający Izby podzielił stanowisko Sądu Okręgowego w Warszawie, zawarte w przywołanym przez Zamawiającego informacji o odrzuceniu oferty odwołującego, wyroku z dnia 5 stycznia 2007 r. sygn. V Ca 2214/06, tj. że dla zakwalifikowania oferty do dalszego postępowania nie jest wystarczające złożenie jakichkolwiek wyjaśnień, lecz wyjaśnień odpowiednio umotywowanych, przekonujących, że zaproponowana oferta nie zawiera rażąco niskiej ceny. Uwzględniając powyższe, skład orzekający Izby uznał, że zdawkowe, ogólne i uniwersalnej wręcz natury wyjaśnienia odwołującego potwierdzają, że oferta zawiera rażąco niską cenę w stosunku do przedmiotu zamówienia, co obligowało zamawiającego do odrzucenia oferty odwołującego na podstawie art. 89 ust. 1 pkt 4 ustawy.

Przy ustalaniu, czy dana cena ma charakter ceny rażąco niskiej, i dokonywaniu na tę okoliczność wyliczeń i analizy złożonych wyjaśnień, konieczne jest przyjęcie trzech zasadniczych założeń. Po pierwsze, że dany wykonawca wykonywać będzie przedmiot zamówienia zgodnie z wymaganiami zawartymi w SIWZ (przykładowo zgodnie z odpowiednimi wymogami jakościowymi, terminowymi i innymi). Po drugie, że dane zamówienie zrealizowane będą zgodnie z bezwzględnie obowiązującymi przepisami prawa, w tym także prawa miejscowego (np. określającymi wysokość minimalnego wynagrodzenia za pracę, przepisami bhp, przepisami określającymi sposób postępowania z odpadami, itp.). Wreszcie po trzecie, że wykonawca wykona daną usługę zgodnie z zasadami sztuki zawodowej, tj. np. przy użyciu odpowiednich nakładów sprzętowych, osobowych i czasowych, z zachowaniem określonych standardów.

W opinii Odwołującego o rażąco niskiej cenie można mówić już choćby po porównaniu cen zaoferowanych przez ww. wykonawców do wartości ustalonej przez Zamawiającego. Zgodnie z utrwaloną linią orzeczniczą Krajowej Izby Odwoławczej porównanie tych wartości, gdy istnieją pomiędzy nimi istotne różnice, może wskazywać, łącznie z innymi argumentami, na to, że dana cena jest rażąco niska. Cena zaoferowana przez Konsorcjum stanowi ledwie 53 % wartości szacunkowej zamówienia.

Kolejną, bardzo częstą metodą stosowaną w celu ustalenia czy dana cena jest ceną rażąco

niską, jest porównanie tej ceny do cen zaofferowanych w danym postępowaniu przez innych wykonawców, w tym przede wszystkim kolejnych w rankingu ofert.

W przedmiotowym postępowaniu porównanie takie prezentuje się następująco w stosunku do oferty Konsorcjum (7 507 728,00 zł): kolejna oferta, tj. oferta Odwołującego (10 173 600,00 zł) jest droższa o ok. 19 %, a następna oferta złożona przez PPHU LEKARO J. Z. (15 487 200,00 zł) - jest droższa o 58%.

Należy stwierdzić, że Zamawiający otrzymał wyjaśnienia, które nie tylko nie czyniły zadość treści skonkretyzowanego wezwania, a także w znakomitej większości były lakoniczne i ogólnikowe. Powinnością Zamawiającego było dokonanie oceny miarodajności ceny oferty Przystępującego przez pryzmat jej realności za wykonanie przedmiotu zamówienia na warunkach opisanych w SIWZ, które były wiążące dla wszystkich wykonawców.

W konsekwencji należy stwierdzić, iż Zamawiający przyjmując i uznając wyjaśnienia Konsorcjum naruszył art. 90 ust. 2 i 3 ustawy.

**Po przeprowadzeniu rozprawy z udziałem Stron postępowania oraz uczestnika postępowania odwoławczego na podstawie zebranego materiału w sprawie oraz oświadczeń i stanowisk Stron i uczestnika postępowania odwoławczego Krajowa Izba Odwoławcza ustaliła i zważyła, co następuje:**

Izba ustaliła, że nie została wypełniona żadna z przesłanek, o których stanowi art. 189 ust. 2 ustawy Prawo zamówień publicznych (Dz. U. z 2013 roku, poz. 907 ze zm.; dalej: „Pzp” lub „ustawa”), skutkujących odrzuceniem odwołania. Odwołanie zostało złożone do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej 5 marca 2015 roku oraz została przekazana w ustawowym terminie kopia odwołania Zamawiającemu, co potwierdziły Strony na posiedzeniu z ich udziałem.

Izba ustaliła, że zostały wypełnione łącznie przesłanki z art. 179 ust 1 ustawy Prawo zamówień publicznych – *Środki ochrony prawnej określone w niniejszym dziale przysługują wykonawcy, uczestnikowi konkursu, a także innemu podmiotowi jeżeli ma lub miał interes w uzyskaniu danego zamówienia oraz poniósł lub może ponieść szkodę w wyniku naruszenia przez zamawiającego przepisów niniejszej ustawy* - to jest posiadania interesu w uzyskaniu danego zamówienia oraz możliwości poniesienia szkody.

Izba dopuściła do udziału w postępowaniu zgłaszającego przystąpienie do postępowania odwoławczego po stronie Zamawiającego wykonawców wspólnie ubiegających się o zamówienie ZZO Sokółka Sp. z o.o. z siedzibą w Warszawie przy ulicy Marszałkowskiej 111, 00-102 Warszawa (pełnomocnik) oraz Czyścioch Sp. z o.o. z siedzibą w Białymstoku. W trakcie posiedzenia Izby z udziałem Stron stwierdzono, po pierwsze, że Zamawiający – zgodnie z art. 185 ust 1 ustawy Prawo zamówień publiczne - *Zamawiający przesyła niezwłocznie, nie później niż w terminie 2 dni od dnia otrzymania, kopię odwołania innym wykonawcom uczestniczącym w postępowaniu o udzielenie zamówienia, a jeżeli odwołanie dotyczy treści ogłoszenia o zamówieniu lub postanowień specyfikacji istotnych warunków zamówienia, zamieszcza ją również na stronie internetowej, na której jest zamieszczone ogłoszenie o zamówieniu lub jest udostępniana specyfikacja, wzywając wykonawców do przystąpienia do postępowania odwoławczego* - przesłał wszystkim wykonawcy informację o wpływie odwołania w dniu 5 marca 2015 roku; po drugie, że zgłoszenie przystąpienia wpłynęło w terminie 3 dni od dnia otrzymania kopii odwołania tj. 6 marca 2015 roku, zgłaszający przystąpienie wskazał Stronę, po której zgłosili przystąpienie i interes w uzyskaniu rozstrzygnięcia na korzyść Strony, do której zgłosił przystąpienie do postępowania odwoławczego. Zgłoszenie przystąpienia doręczone zostało Prezesowi Krajowej Izby Odwoławczej, a kopia została przekazana Zamawiającemu oraz Odwołującemu, co Strony postępowania odwoławczego oświadczyły na posiedzeniu z udziałem Stron.

Przy rozpoznawaniu przedmiotowej sprawy skład orzekający Izby wziął pod uwagę dokumentację postępowania o udzielenie zamówienia w przedmiotowej sprawie a także stanowiska i oświadczenia Stron i uczestnika postępowania odwoławczego złożone ustnie do protokołu.

Zamawiający na posiedzeniu z udziałem Stron złożył pismo z dnia 19 marca 2015 roku zatytułowane: *Odpowiedź Zamawiającego na odwołanie*. Zamawiający działając na podstawie art. 186 ust. 1 ustawy wniósł o oddalenie odwołania i uznanie zarzutów odwołania za całkowicie bezzasadne. Zamawiający szeroko odniósł się do argumentacji Odwołującego podnosząc, że odwołanie nie zasługuje na uwzględnienie.

Zgodnie z brzmieniem przepisu art. 192 ust 2 ustawy Prawo zamówień publicznych (Dz. U. z 2010 roku, nr 113 poz. 759 z późn. zm.; dalej: „Pzp” lub „ustawa”), *Izba uwzględnia*

*odwołanie, jeżeli stwierdzi naruszenie przepisów ustawy, które miało wpływ lub może mieć istotny wpływ na wynik postępowania o udzielenie zamówienia. Izba dokonawszy oceny podniesionych w odwołaniu zarzutów biorąc pod uwagę stanowiska Stron przedstawione na rozprawie stwierdziła, że odwołanie nie zasługuje na uwzględnienie.*

Izba ustaliła i zważyła, co następuje:

I.

Obowiązkiem Zamawiającego jest prowadzenie postępowania o udzielenie zamówienia publicznego z poszanowaniem zasad zamówień publicznych oraz w zgodzie z obowiązkami nałożonymi przez ustawę na Zamawiającego. Izba wskazuje, iż ustawa zobowiązując Zamawiających zgodnie art. 89 ust. 1 pkt 2 ustawy do odrzucenia oferty o ile jej treść nie odpowiada treści specyfikacji istotnych warunków zamówienia, odrzucenie oferty, biorąc pod uwagę dodatkowo zastrzeżenie jakie uczynił ustawodawca, nie może nastąpić z powodów formalnych, błahych nie wpływających na treść złożonej oferty oraz nie może nastąpić, gdy Zamawiający ma możliwość poprawienia błędów jakie zawiera oferta.

Wskazać należy, iż o zgodności treści oferty z treścią SIWZ przesądza ich porównanie. (porównaj: wyrok Krajowej Izby Odwoławczej z 30 marca 2010 roku sygn. akt KIO/UZP 228/10; wyrok Krajowej Izby Odwoławczej z 30 marca 2010 roku sygn. akt KIO/UZP 228/10; wyrok Krajowej Izby Odwoławczej z 30 stycznia 2013 roku sygn. akt KIO 103/13; wyrok Krajowej Izby Odwoławczej z 28 listopada 2014 roku sygn. akt KIO 2387/14 ). Niezgodność treści oferty z treścią specyfikacji istotnych warunków zamówienia należy oceniać z uwzględnieniem pojęcia oferty zdefiniowanego w art. 66 Kodeksu cywilnego, czyli niezgodności oświadczenia woli wykonawcy z oczekiwaniami Zamawiającego w odniesieniu do merytorycznego zakresu przedmiotu zamówienia.

Izba podkreśla, że należy mieć na uwadze, że niezgodność treści oferty z treścią specyfikacji istotnych warunków zamówienia – która to stanowi obligatoryjną przesłankę odrzucenia oferty z postępowania o udzielenie zamówienia, z zastrzeżeniem art. 87 ust. 2 pkt 3 ustawy – zachodzi, gdy zawartość merytoryczna złożonej w danym postępowaniu oferty nie odpowiada pod względem przedmiotu zamówienia albo sposobu wykonania przedmiotu zamówienia ukształtowanym przez Zamawiającego i zawartym w specyfikacji istotnych warunków zamówienia wymaganiom. Obowiązkiem wykonawcy przystępującego do postępowania o udzielenie zamówienia publicznego jest złożenie oferty zgodnej ze

specyfikacją istotnych warunków zamówienia (porównaj: wyrok Sądu Okręgowego w Warszawie z 10 lipca 2008 roku sygn. akt V Ca 1109/08). Odzwierciedleniem znajomości wymagań specyfikacji istotnych warunków zamówienia, a tym samym wymagań Zamawiającego co do przedmiotu zamówienia, sposobu jego realizacji jest złożona w postępowaniu o udzielenie zamówienia oferta. Szczególna regulacja postępowań o udzielenie zamówienia publicznego zobowiązuje Zamawiających do takiego działania oraz korzystania z praw jakie przypisuje mu ustawa, które to działanie doprowadzi do obiektywnie najkorzystniejszego rozstrzygnięcia postępowania, zgodnego z postanowieniami SIWZ, a działanie takie zapewni jednocześnie poszanowanie zasad prawa zamówień publicznych oraz interesów wszystkich uczestników procesu udzielania zamówień publicznych.

*W zakresie zarzutu naruszenia art. 89 ust. 1 pkt 2 ustawy – Zamawiający odrzuca ofertę, jeżeli: (...) jej treść nie odpowiada treści specyfikacji istotnych warunków zamówienia, z zastrzeżeniem art. 87 ust.2 pkt 3 z uwagi na niezgodność oferty z SIWZ w zakresie realizacji przedmiotu zamówienia – Izba uznała zarzut za niezasadny*

*Zamawiający zgodnie z SIWZ, Część II – opis przedmiotu zamówienia wskazał, że Przedmiotem zamówienia jest odbiór i przetwarzanie (z wyjątkiem składowania) odpadów o kodzie 19 12 12 – inne odpady (w tym zmieszane substancje i przedmioty) z mechanicznej obróbki odpadów inne niż wymienione w 19 12 11 w ilości planowanej 60 000,00 Mg/rok przez okres 12 miesięcy.*

*Uczestnik postępowania odwoławczego, w złożonej ofercie w Załączniku nr 5 do SIWZ – Oświadczenie potwierdzające miejsce przetwarzania odpadów objętych przedmiotem zamówienia podał, dokładną nazwę i adres instalacji, w której odpady będą poddawane procesom przetwarzania (kolumna druga) tj. Centrum Innowacyjnej Gospodarki Odpadami (CIGO) ulica Spółdzielcza Studzianki gmina Wasilków jak również wskazał Procesy odzysku / unieszkodliwiania (R/D) zgodnie z załącznikiem nr 1 i 2 do ustawy z dnia 14 grudnia 2012 roku o odpadach (kolumna trzecia) – R12 i R 3.*

*W wyjaśnieniach złożonych na wezwanie Zamawiającego w trybie art. 90 ustawy, uczestnik postępowania odwoławczego wskazał między innymi na koszty zagospodarowania (kompostowania) oraz koszty unieszkodliwiania (składowania) pozostałości po procesie kompostowania.*

W prowadzonym postępowaniu o udzielenie zamówienia publicznego opis przedmiotu zamówienia był jednoznaczny. Z opisu przedmiotu zamówienia jednoznacznie wynika, że przedmiotem postępowania o udzielenie zamówienia publicznego jest odbiór i przetwarzanie (w wyjątku składowania) odpadów o kodzie 19 12 12. Tym samym zgodnie z SIWZ wyłączone zostało przetwarzanie odpadów o kodzie 19 12 12 przez składowanie, co również zostało potwierdzone przez Zamawiającego w udzielonych za pismem z dnia 31 grudnia 2014 roku wyjaśnieniach do SIWZ, których udzielił Zamawiający w odpowiedzi na pytania jakie zostały do niego skierowane.

Odpady o kodzie 19 12 12 nie mogą trafić bezpośrednio do składowania, muszą zostać najpierw poddane przetworzeniu. Zaznaczyć należy, że odpady o kodzie 19 12 12 to odpady wytwarzane w części mechanicznej instalacji mechaniczno-biologicznej przetwarzania zmieszanych odpadów komunalnych (tzw. frakcja podsitowa).

Zgodnie z art. 3 pkt 21 ustawy o odpadach z dnia 14 grudnia 2012 roku (Dz. U. z 2013 poz.21 ze zmianami) przez przetworzenie odpadów rozumie się procesy odzysku lub unieszkodliwiania, w tym przygotowanie poprzedzające odzysk lub unieszkodliwianie. Procesy odzysku oznaczone są w ustawie literą „R” a procesy unieszkodliwiania literą „D”.

Przez składowanie odpadów, zgodnie z ustawą o odpadach (art. 103) należy rozumieć umieszczanie odpadów na składowisku odpadów, w podziemnym składowisku odpadów, o którym mowa w ustawie z dnia 9 czerwca 2011 roku prawo geologiczne i górnicze, w obiekcie unieszkodliwiania odpadów wydobywczych, o których mowa w ustawie z dnia 10 lipca 2008 roku o odpadach wydobywczych. Proces składowania jest zawsze procesem unieszkodliwiania („D”).

Na podstawie rozporządzenia Ministra Środowiska z dnia 11 września 2012 roku w sprawie mechaniczno-biologicznego przetwarzania zmieszanych odpadów komunalnych (Dz.U. z 2012 roku poz. 1052; obowiązujące od 9 października 2012 roku) § 4 ust. 1 - w procesie mechanicznego przetwarzania zmieszanych odpadów komunalnych wydziela się frakcję o wielkości co najmniej 0–80 mm ulegającą biodegradacji oznaczoną kodem 19 12 12, wymagającą zastosowania procesów biologicznego przetwarzania, przez które rozumie się procesy prowadzone w warunkach tlenowych lub beztlenowych z udziałem mikroorganizmów, w wyniku których następują zmiany właściwości fizycznych, chemicznych lub biologicznych odpadów. Na podstawie § 8 ww. rozporządzenia Instalację istniejącą lub instalację, dla której przed dniem wejścia w życie niniejszego rozporządzenia wydano decyzję o środowiskowych uwarunkowaniach lub decyzję o warunkach zabudowy i



zagospodarowania terenu, lub której budowa lub eksploatacja rozpoczęła się przed dniem wejścia w życie niniejszego rozporządzenia, należy dostosować do wymagań określonych w rozporządzeniu w terminie nie dłuższym niż 36 miesięcy od dnia wejścia w życie rozporządzenia, w tym miejscu zaznaczyć należy, że ww. rozporządzenia obowiązuje od 9 października 2012 roku.

Odwołujący kształtując podniesiony zarzut niezgodności treści oferty uczestnika postępowania odwoławczego z SIWZ, wskazał na złożone wyjaśnienia jednocześnie nie kwestionując oświadczenia złożonego w przez uczestnika postępowania odwoławczego w ofercie (załącznik nr 5 do SWIZ), w którym uczestnik postępowania odwoławczego wskazał oferowane procesy odzysku R 12 i R3. Izba wskazuje w tym miejscu, że wskazane w ofercie procesy nie były kwestionowane przez Odwołującego, jak również Izba zauważyła, że Odwołujący w złożonej ofercie również wskazał zastosowanie procesu odzysku R3.

Zaznaczyć należy, że z żadnego postanowienia oferty wybranego do realizacji zamówienia wykonawcy nie wynika, że to składowanie odpadów oznaczonych kodem 19 12 12 będzie stanowiło podstawową metodę przetwarzania odbieranych odpadów. Odwołujący nie wskazał na żadne postanowienia oferty, które uprawdopodobniałyby, że w ten sposób wykonawca zamierza realizować zamówienie. Odwołanie się przez Odwołującego do złożonych wyjaśnień, których Zamawiający żądał w zupełnie innym celu (badanie zaoferowanej ceny) nie prowadzi do wniosku, że wykonawca będzie składował odpady o kodzie 19 12 12. Wręcz ze złożonych wyjaśnień wynika, że wykonawca przewidział koszty składowania jakie będzie ponosił po zakończeniu procesu przetworzenia odpadów o kodzie 19 12 12. Odwołujący nie kwestionował wskazanego przez wykonawcę w ofercie procesu R3. Zgodnie z ww. rozporządzeniem, co zostało również wskazane w Decyzji z dnia 23 grudnia 2014 roku w punkcie I podpunkt 3 do momentu rozbudowy CIGO m.in. o reaktory, w których zachodzić będzie I stopień biologicznego przekształcania odpadów (tzw. etap aktywnego kompostowania), jednakże nie dłużej niż określają to przepisy rozporządzenia (ww. rozporządzenia) przetwarzanie biologiczne prowadzone będzie przy wykorzystaniu tylko II stopnia biologicznego przetwarzania odpadów, tj. na placu dojrzewania w pryzmach. Zaznaczyć należy w tym miejscu, że sam Odwołujący wskazywał na tą okoliczność w treści odwołania i nie kwestionował określonego w decyzji procesu przetwarzania odpadów (R3) a zgodnego z ww. rozporządzeniem. Odwołujący nie wskazał żadnych argumentów, które prowadziłyby do kwestionowania zastosowanego przez uczestnika postępowania procesu

przetwarzania odpadów o kodzie 19 12 12. Odwołujący nie wskazał również na postanowienia SWIZ z których wynikałoby, że uczestnik postępowania odwoławczego będzie składował odpady o kodzie 19 12 12. Nie pozostaje bez znaczenia w tej sprawie, że z procesu R3 powstaje frakcja nieprzekompostowana, która musi być składowana ale jest to odpad o zupełnie innym kodzie (unieszkodliwiana w procesie D5 czyli przez składowanie), i jak wskazywał uczestnik postępowania odwoławczego, w wyjaśnieniach dotyczących elementów zaoferowanej ceny uwzględnił koszty składowania właśnie tych odpadów powstałych po procesie R3. W ocenie Izby Odwołujący nie wykazał, że w procesie R3, na który wskazywał uczestnik postępowania odwoławczego w ofercie odpady 19 12 12 będą składowane, natomiast ten etap tzn. sposób zagospodarowania pozostałości podprocesowych z przetwarzania odpadów o kodzie 19 12 12 nie stanowił przedmiotu zamówienia. Odnosząc się do treści odwołania należy również zaznaczyć, że sam Odwołujący w części odwołania zawierającej uzasadnienie zarzutu rażąco niskiej ceny wskazał, podnosząc stawki za składowanie, na kwoty odnoszące się do składowania odpadów o kodzie 19 05 99 czyli tych powstałych po procesie R3. Tym samym jak słusznie podniósł Zamawiający w złożonej odwołaniu sam Odwołujący przyznał, że składowane będą odpady poprocesowe tj. powstałe w wyniku przetwarzania odpadów o kodzie 19 12 12 w procesie odzysku wskazanym przez uczestnika postępowania odwoławczego (R3) czyli odpady o kodzie 19 05 99. Warto w tym miejscu wskazać, że nie ma bezodpadowych procesów przetwarzania odpadów i każdy z procesów generuje odpady podprocesowe, które bardzo często trafiają ostatecznie do składowania.

Zamawiający ograniczył jedynie możliwość składowania odpadów po kodzie 19 12 12, natomiast nie ograniczył żadnych innych prawem dopuszczonych procesów przetwarzania odpadów o kodzie 19 12 12 w tym kompostowanie (R3).

Uczestnik postępowania odwoławczego wskazał jako proces zagospodarowania odpadów proces odzysku R3 – recykling lub odzysk substancji organicznych, które nie są stosowane jako rozpuszczalniki (w tym kompostowanie i inne biologiczne procesy przekształcania). W punkcie 3.2.3 Decyzji Marszałka Województwa Podlaskiego z dnia 23 grudnia 2014 roku obejmującej pozwoleniem zintegrowanym instalację i urządzenia będące w powiązaniu technologicznym i funkcjonalnym z instalacjami wchodzącymi w skład CIGO zlokalizowanej w Studziankach zostały wskazane rodzaje i ilości odpadów przewidzianych do odzysku w procesie R3 tj. recykling lub odzysk substancji organicznych, które nie są stosowane jako rozpuszczalniki (w tym kompostowanie i inne biologiczne procesy przekształcania) – kompostowania odpadów, oraz powstających w wyniku przetwarzania. W punkcie 3.2.3 ww.

decyzji w podpunkcie b) Instalacja do biologicznego przetwarzania odpadów ulegających biodegradacji i innych odpadów w tabeli wskazano Rodzaje i ilości odpadów poddawanych przetwarzaniu i w tej tabeli wyszczególniono odpady o kodzie 19 12 12 w dopuszczalnej w ciągu roku ilości do przetwarzania na poziomie 107 640 Mg, co odpowiada wymaganiom Zamawiającego określonym w SIWZ na poziomie 60 000Mg w ciągu roku.

W ocenie Izby Odwołujący nie wykazał niezgodności treści oferty uczestnika postępowania odwoławczego z postanowieniami SIWZ a Zamawiający w sposób prawidłowy dokonał czynności oceny oferty, tym samym nie został naruszony art. 89 ust. 1 pkt 4 ustawy.

## II.

*W zakresie zarzutu naruszenia art. 89 ust. 1 pkt 4) ustawy – Zamawiający odrzuca ofertę, jeżeli: (...) zawiera rażąco niską cenę w stosunku do przedmiotu zamówienia - przez jego niezastosowanie polegające na zaniechaniu odrzucenia oferty Konsorcjum, mimo iż oferta ta zawierała rażąco niską cenę, art. 90 ust. 2 ustawy - Obowiązek wykazania, że oferta nie zawiera rażąco niskiej ceny, spoczywa na wykonawcy przez jego błędne zastosowanie, polegające na przyjęciu, iż Konsorcjum udowodniło, iż jego oferta nie zawiera rażąco niskiej ceny w stosunku do przedmiotu zamówienia; art. 90 ust 3 ustawy – Zamawiający odrzuca ofertę wykonawcy, który nie złożył wyjaśnień lub jeżeli dokonana ocena wyjaśnień wraz z dostarczonymi dowodami potwierdza, że oferta zawiera rażąco niską cenę w stosunku do przedmiotu zamówienia - przez jego niezastosowanie, polegające na zaniechaniu dokonania oceny wyjaśnień Konsorcjum w oparciu o obiektywne czynniki i zaniechaniu odrzucenia oferty Konsorcjum – Izba uznała zarzut za niezasadny.*

Zamawiający wezwał, w trybie art. 90 ust. 1 ustawy zarówno Odwołującego jak i uczestnika postępowania odwoławczego do złożenia wyjaśnień w zakresie zaoferowanej w postępowaniu ceny oferty. Uczestnik postępowania odwoławczego za pismem z dnia 12 lutego 2015 roku złożył wyjaśnienia dotyczące zaoferowanej ceny.

Na wstępie Izba zaznacza, że wbrew twierdzeniu Odwołującego zawartego w odwołaniu nie tworzy się żadne domniemanie istnienia rażąco niskiej ceny w chwili skierowania do wykonawcy wezwania do wyjaśnienia elementów zaoferowanej ceny. Zamawiający dokonuje oceny złożonych wyjaśnień w konkretnej sprawie, w konkretnym przypadku w oparciu o przedstawione informacje i posiadane materiały, w szczególności wyjaśnienia

wykonawcy, których oceny dokonuje w kontekście zarówno własności przedmiotu zamówienia jak również z uwzględnieniem elementów istotnych dla jego realizacji. W rozpoznawanej sprawie nie może pozostać bez znaczenia fakt, że sam Zamawiający jest podmiotem świadczącym usługi w zakresie odbioru i zagospodarowania odpadów i jako podmiot „z branży” znane są mu zarówno aspekty kosztowe prowadzenia takiej działalności jak również realia funkcjonowania rynku takich usług.

W skierowanym do uczestnik postępowania odwoławczego wezwaniu do złożenia wyjaśnień w trybie art. 90 ust. 1 ustawy (pismo z 6 lutego 2015 roku) Zamawiający w sposób ogólny, przez odniesienie się do brzmienia przepisu art. 90 ust. 1 i przywołanie jego treści wezwał wykonawcę do udzielenia wyjaśnień z uwagi na to, że zaferowana cena, budzi wątpliwości Zamawiającego co do możliwości wykonania przez wykonawcę zamówienia zgodnie z wymaganiami określonymi przez Zamawiającego w SIWZ. Izba wskazuje, że *Pytanie Zamawiającego może być zarówno szczegółowe, jak i ogólne. Sposób prezentacji wyjaśnień dotyczących ceny należy do inwencji wykonawcy. Nie ma także obowiązku wielokrotności wyjaśnień, jeżeli złożone wyjaśnienia są jednoznaczne i umożliwiają Zamawiającemu ocenę czy oferta zawiera rażąco niską cenę (sygn. akt KIO 189/15).*

Uczestnik postępowania odwoławczego w odpowiedzi na wezwanie za pismem z 12 lutego 2015 roku przedstawił wyjaśnienia, którym nie sposób przypisać lakoniczność. Złożone wyjaśnienia zawierają kalkulację ceny oferty z uwzględnieniem zasadniczych elementów kalkulacyjnych jak również zakładanego zysku. Uczestnik postępowania odwoławczego odniósł się zarówno do indywidualnych dostępnym mu okoliczności skalkulowania ceny oferty jak również wskazał na rynkowość zaferowanej ceny przez wskazanie innych ofert złożonych w innych postępowaniach obejmujących zamówienia podobne a stanowiących odzwierciedlenie oferowanych stawek cenowych.

Wskazać należy, że *W obowiązującym stanie prawnym aktualnym pozostaje ciężar wskazania przez zamawiającego przyczyn, dla których uznaje wyjaśnienia za niedostateczne, w tym również nie popartych dowodami (jeżeli takowe mogą być pozyskane)(sygn. akt KIO 132/15),* tym samym Odwołujący w podniesionym zarzucie jak również w jego uzasadnieniu powinien był wykazać przyczyny jakie powinny prowadzić do uznania wyjaśnień za wskazujące na złożenie oferty z rażąco niską ceną. W ocenie Izby Odwołujący nie wykazał z jakich powodów nie można wyjaśnień złożonych przez uczestnika uznać za wyjaśnienia zaferowanej ceny. Ogólne pytanie jakie skierował Zamawiający do wykonawców nakładało na nich obowiązek wykazywania elementów ceny w sposób, który uznali za najbardziej pełny do wykazania zasadności oferowanej ceny. Uczestnik

postępowania wskazał w ocenie Izby elementy oferty, które miały wpływ na skalkulowaną przez niego cenę oraz mają indywidualny charakter.

Różnica pomiędzy szacunkową wartością zamówienia powiększoną o podatek VAT, jak również różnica pomiędzy cenami poszczególnych ofert w postępowaniu nie przesądza o tym, że cena zaoferowana przez uczestnik postępowania odwoławczego stanowi cenę rażąco niską, natomiast normalnym przejawem konkurencji jest występowanie różnic w cenach złożonych ofert w danym postępowaniu.

Posiadanie własnego zaplecza technicznego oraz bazy przedsiębiorstwa, które wskazywał uczestnik a które negowane jest przez Odwołującego jako okoliczność nie mająca wpływ na wysokość zaoferowanej ceny, w ocenie Izby może stanowić element mający wpływ na cenę oferty. Z przepisów prawa jak również z praktyki nie wynika bowiem, że elementy jakie mają wpływ na wysokość zaoferowanej ceny mają stanowić jedynie elementy zindywidualizowane na danego wykonawcę, elementy ceny oferty jakie mogą być dostępne dla wszystkich wykonawców, jak również we wszystkich postępowaniach również mogą stanowić elementy ceny oferty, które mają wpływ na ostateczną cenę oferty. W ocenie Izby w tak samo enigmatyczny sposób Odwołujący wskazał, że posiadanie własnego sprzętu urządzeń do realizacji zamówienie tj. posiadanie warsztatu, stacji paliw, samochodów do transportu itp. nie może stanowić o uzasadnieniu zaoferowanej ceny, przy czym jak w przypadku zaplecza technicznego i bazy przedsiębiorstwa nie wskazał Odwołujący dlaczego te elementy nie mogą stanowić uzasadnienia zaoferowanej ceny. Odwołujący podnosząc powyższe nie zakwestionował w żaden sposób tego, że może to mieć znaczenie dla kalkulacji ceny oferty a ograniczając swoją argumentację jedynie do wskazania, że jest to standard w tego typu usługach w żaden sposób nie wyjaśnił dlaczego miałyby to po stronie Zamawiającego powodować konieczność odrzucenia oferty. W ocenie Izby wykonawca uczestnik postępowania odwoławczego wskazał te elementy, które rozdziłały podstawy do skalkulowania ceny na zaoferowanym poziomie. Wskazane zostało również w wyjaśnieniach, że wpływ na wysokość ceny ma zarówno system zarządzania logistyką, która usprawnia organizację pracy, w sposób pozwalający na obniżenie kosztów pracy pracowników i sprzętu o 30 % co ma bezpośredni wpływ na koszt pokonania 1 km przy świadczeniu usługi – wykonawca wyjaśnił na rozprawie, że jako producent paliwa alternatywnego również koszty transportu liczył z uwzględnieniem innych przewozów (samochody „nie jeżdżą na pusto”). Wskazać należy, że koszt transportu tj. stawka za przejechany kilometr według Odwołującego to 2,70 zł netto przy załadunku 20 Mg natomiast u uczestnika postępowania odwoławczego to 2,5 zł netto przy załadunku 23 Mg. Jak słusznie zauważył Zamawiający koszty transportu nie

stanowiły faktycznego uzasadnienia zarzutu. Odwołujący skupił bowiem swoją uwagę na braku wykazania upustów rabatów jakie powoływał uczestnik postępowania odwoławczego w piśmie. Natomiast nie są kwestionowane przez Odwołującego faktycznie skalkulowane koszty transportu. Zamawiający wskazywał, że koszty transportu zgodne są z jego własnymi doświadczeniami, dlatego też nie miał podstaw do odmówienia wiarygodności powyższym kosztom. Zamawiający wskazał również, uwzględniając, że sam jest podmiotem świadczącym tego typu usługi i wykorzystując własne doświadczenie, wskazanie przez uczestnika postępowania odwoławczego jako jednego z elementów kalkulacji ceny oferty sprawnego systemu zarządzania logistyką stanowi istotny element obniżenia kosztów pracy i sprzętu, co z kolei przekłada się na uzyskanie cenowej przewagi konkurencyjnej.

Odwołujący w argumentacji przedstawionej w odwołaniu wskazał, że kalkulacja kosztów w zakresie (unieszkodliwiania) składowania w kwocie 27,00 zł/Mg trudno uznać za wiarygodną. Zaznaczyć należy co podnosił również w swoim stanowisku Zamawiający, że Odwołujący oparł swoją argumentację na przyjęciu, że odpady o kodzie 19 12 12 będą składowane (jak zarzut I odwołania). Zgodnie z wcześniej wskazaną argumentacją w wyniku przetworzenia w procesie R3 odpadów o kodzie 19 12 12 czyli objętych przedmiotem zamówienia powstaną odpady o kodzie 19 05 99 a za umieszczenie tych odpadów na składowisku jest opłata w wysokości 24,15 zł/Mg (rozporządzenie Ministra Środowiska z dnia 11 sierpnia 2014 roku w sprawie wysokości stawek opłat za korzystanie ze środowiska na rok 2015). Uczestnik postępowania odwoławczego wskazał na rozprawie, że w wyniku procesu R3 poza odpadami o kodzie 19 05 99 powstaje odpad o kodzie 19 0503 kompost nieodpowiadający wymaganiom, który jest używany do rekultywacji składowisk, nie podlega opłatom, a kosztem jego zagospodarowania jest jedynie koszt transportu. Uczestnik postępowania odwoławczego wyjaśnił również, że z procesu R3 powstaje frakcja nieprzekompostowana, która musi być składowana (unieszkodliwiana w procesie D5 czyli przez składowanie) oraz wskazał, że założył na potrzeby dokonanych wyliczeń ceny oferty, że do 50% odpadu o kodzie 19 12 12 nie ulegnie nieprzekompostowaniu. Jednocześnie wskazał, że średnia dla odpadów które nie uległy nieprzekompostowaniu to rząd wielkości 30%, jednakże na potrzeby szacowania z uwagi na niezanosność jakości odpadu założył jego większą wartość procentową nieprzekompostowania. Na powyższe okoliczności wskazywał również Zamawiający w swoim stanowisku zawartym w odpowiedzi na odwołanie. Tym samym uzasadnienie zarzutu w zakresie kosztów składowania jest niezasadne, bowiem nie całość odpadów podprocesowych powstałych w wyniku procesu R3 będzie składowana. Ponadto że Odwołujący nie wykazał, że stawka 2,85 zł/Mg jaka pozostaje po opłaceniu składowania dla

części odpadów podlegających składowaniu powinna zostać uznana za niewystarczającą do pokrycia kosztów. Odwołujący w uzasadnieniu nie wskazywał na żadne inne koszty zagospodarowani jakie były wskazywane przez uczestnika postępowania odwoławczego w wyjaśnieniach, co oznacza że ich nie kwestionował. W zakresie kwestionowanych kosztów ogólnych, które wykonawca określił na poziomie 5,5 zł /Mg, Odwołujący wskazując na koszty pracy powołał orzeczenie Krajowej Izby Odwoławczej z którego wynika, że w przypadku kosztorysu oceniane mogą być poszczególne pozycje kosztorysu w zakresie rażąco niskiej ceny o ile ich zniżenie może przekładać się na rażące zniżenie zaoferowanej ceny całkowitej. Jednocześnie Odwołujący nie podał żadnego argumentu jaki wskazywałby na zasadność jego twierdzenia w zakresie kwestionowanych kosztów oferty i podstaw tego kwestionowania przez Zamawiającego. W zasadzie Odwołujący nawet nie sprecyzował na czym owa niewłaściwa wycena miałaby polegać. W tym miejscu warto zaznaczyć, że uwzględniając maksymalną wielkość 60 000 Mg/rok (przedmiot zamówienia) oraz zaproponowaną stawkę 5,50 zł /Mg to w efekcie przekłada się na kwotę 330 000 zł rocznie. Zaznaczyć należy również, że uczestnik postępowania odwoławczego wskazał w swoich wyjaśnieniach na osiągnięcie zysku na poziomie 8% - 9, 36 zł/Mg co przy maksymalnej wielkości 60 000 Mg/rok (przedmiot zamówienia) daje rocznie kwotę ok. 561 000 zł. Odwołujący nie kwestionował możliwości uzyskania zysku przez uczestnika postępowania odwoławczego.

W zakresie kwestionowania braku dowodów załączonych do wyjaśnień i w tym zakresie kwestionowania samych wyjaśnień Izba wskazuje, że zarówno w poprzednim stanie prawnym jak i obecnie to od okoliczności sprawy jak również wiarygodności przedstawionych raz z wyjaśnieniami informacji wynika konieczność przedstawiania wraz z wyjaśnieniami dowodów. Należy mieć na względzie, że Zamawiającym w tym postępowaniu jest podmiot świadczący usługi tego samego typu co niewątpliwie ma znaczenie zarówno przy składaniu wyjaśnień jak również ich ocenie dokonywanej przez Zamawiającego. W tym wypadku niewątpliwie wskazania pewnych informacji było wystarczające i nie wymagało dodatkowo składania dodatkowo dowodów. Zasadnie podniósł Zamawiający w złożonym piśmie, za wyrokiem Krajowej Izby Odwoławczej (sygn. akt 2531/14), że co do zasady przedmiotem wyjaśnień jest podawanie konkretnych informacji a nie prowadzenie przez wykonawcę postępowania dowodowego. W ocenie Izby brak dowodów nie przesądza i nie może przesądzać że cena oferty jest rażąco niska, przedmiotem oceny są wyjaśnienia złożone przez wykonawcę.

Izba zaznacza, że cena oferty Odwołującego nie stanowi wyznacznikiem jak również nie jest określeniem poziomu cen rynkowych w prowadzonym postępowaniu, ceny rynkowe kształtowane są na poziomie całego rynku danych usług. Wykonawca w złożonych wyjaśnieniach wskazał na ceny uzyskiwane w innych postępowaniach tj. 97,00 zł netto/Mg (termin składania ofert 02.12.2014 rok, 18 000 Mg/rok), 119,00 zł /Mg (termin składania ofert 04.02.2014 rok, 21 000 Mg/8 miesięcy) w prowadzonym postępowaniu uczestnik zaoferował 115,86 zł/Mg co wskazuje, że cena oferty nie odbiega od cen rynkowych a Zamawiający, jako podmiot świadczący usługi tego samego typu w sposób prawidłowy dokonał oceny oferty.

W ocenie Izby Zamawiający i uczestnik postępowania odwoławczego wykazali w trakcie postępowania odwoławczego, że zaoferowana cena nie zawiera ceny rażąco niskiej, tym samym Zamawiający nie naruszył art. 89ust. 1 pkt 4 ustawy jak również nie naruszył art. 90 ust. 2 i 3 ustawy.

O kosztach postępowania orzeczono stosownie do wyniku na podstawie art. 192 ust. 9 oraz art. 192 ust. 10 Prawa zamówień publicznych oraz w oparciu o przepisy § 3 i § 5 ust. 3 pkt. 1 rozporządzenia Prezesa Rady Ministrów z dnia 15 marca 2010 r. w sprawie wysokości i sposobu pobierania wpisu od odwołania oraz rodzajów kosztów w postępowaniu odwoławczym i sposobu ich rozliczania (Dz. U. Nr 41, poz. 238 ze zmianami).

**Przewodniczący:** .....