

WYROK

z dnia 14 sierpnia 2020 roku

Krajowa Izba Odwoławcza - w składzie:

Przewodniczący: Katarzyna Prowadzisz

Protokolant: Piotr Cegłowski

po rozpoznaniu na rozprawie, w Warszawie, w dniu 12 sierpnia 2020 roku odwołania wniesionego do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej w dniu 27 lipca 2020 roku przez wykonawcę Przedsiębiorstwo Usługowo-Produkcyjne i Handlowe „COM-D” spółka z ograniczoną odpowiedzialnością z siedzibą w Jaworze

w postępowaniu prowadzonym przez Zamawiającego Gmina Legnickie Pole

orzeka:

1. Uwzględnia odwołanie.

Nakazuje Zamawiającemu unieważnienie czynności wyboru oferty wykonawcy Rejonowe Przedsiębiorstwo Komunalne spółka z ograniczoną odpowiedzialnością z siedzibą w Złotorzy w postępowaniu o udzielenie zamówienia publicznego pod nazwą Odbiór odpadów komunalnych z nieruchomości zamieszkałych z terenu Gminy Legnickie Pole.

Nakazuje Zamawiającemu powtórzenie czynności badania i oceny ofert, w tym odrzucenie na podstawie art. 89 ust. 1 pkt 2 ustawy oferty wykonawcy Rejonowe Przedsiębiorstwo Komunalne spółka z ograniczoną odpowiedzialnością z siedzibą w Złotorzy.

2. Kosztami postępowania obciąża Zamawiającego Gminę Legnickie Pole i:

2.1 zalicza w poczet kosztów postępowania odwoławczego kwotę 7 500 zł 00 gr (słownie: siedem tysięcy pięćset złotych zero groszy) uiszczoną przez wykonawcę Przedsiębiorstwo Usługowo-Produkcyjne i Handlowe „COM-D” spółka z ograniczoną odpowiedzialnością z siedzibą w Jaworze tytułem wpisu od odwołania,

2.2 zasądza od Zamawiającego Gminy Legnickie Pole na rzecz wykonawcy Przedsiębiorstwo Usługowo-Produkcyjne i Handlowe „COM-D” spółka z ograniczoną odpowiedzialnością z siedzibą w Jaworze kwotę 11 283 zł 20 gr (słownie: jedenaście tysięcy dwieście osiemdziesiąt trzy złote dwadzieścia groszy) stanowiącą koszty postępowania odwoławczego poniesione tytułem wpisu od odwołania, wynagrodzenia pełnomocnika oraz kosztów dojazdu.

Stosownie do art. 198a i 198b ustawy z dnia 29 stycznia 2004 r. - Prawo zamówień publicznych (t.j. Dz. U. z 2013 r., poz. 907 ze zm.) na niniejszy wyrok - w terminie 7 dni od dnia jego doręczenia - przysługuje skarga za pośrednictwem Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej do Sądu Okręgowego w Legnicy.

Przewodniczący:

Sygn. akt: KIO 1752/20

UZASADNIENIE

Zamawiający - Gmina Legnickie Pole - prowadzi postępowanie o udzielenie zamówienia publicznego w trybie przetargu nieograniczonego pod nazwą: Odbiór odpadów komunalnych z nieruchomości zamieszkałych z terenu Gminy Legnickie Pole.

Ogłoszenie o zamówieniu zostało opublikowane w Biuletynie Zamówień Publicznych w dniu 10 czerwca 2020 roku pod numerem 55001-N2020.

W dniu 27 lipca 2020 roku działając na podstawie art. 180 ust. 1, art. 180 ust. 2 pkt 6 i art. 179 ust. 1 w zw. z art. 182 ustawy z dnia 29 stycznia 2004 roku - Prawo zamówień publicznych Prawo zamówień publicznych (Dz. U. z 2019 roku, poz. 1843; dalej: „Pzp” lub „ustawa”) Odwołujący wniósł odwołanie od niezgodnych z ustawą działań Zamawiającego polegających na wyborze najkorzystniejszej oferty wykonawcy Rejonowe Przedsiębiorstwo Komunalne spółka z ograniczoną odpowiedzialnością z siedzibą w Złotorzy (dalej: RPK), a w jego ramach poprzedzające go niezgodne z ustawą zaniechania Zamawiającego, polegające na:

1) wyborze jako najkorzystniejszej oferty wykonawcy RPK przy zaniechaniu wezwania go do wyjaśnienia rażąco niskiej ceny i odrzucenia oferty, zawierającej rażąco niską cenę albowiem zaoferowana przez wykonawcę RPK cena i jej istotne części składowe były rażąco niskie, co powinno skutkować odrzuceniem oferty na podstawie art. 89 ust. 1 pkt 4 ustawy, którego to odrzucenia oferty Zamawiający zaniechał, tak jak i zaniechał czynności uprzedniego wezwania wykonawcy RPK w trybie art. 90 ust. 1 ustawy do złożenia wyjaśnień w zakresie ustalenia, czy jego oferta, złożona w postępowaniu pn. „Odbiór i transport odpadów komunalnych od właścicieli nieruchomości zamieszkałych położonych na terenie Gminy Legnickie Pole w okresie od 01.07.2020 r.-30.06.2021 r.” (dalej zwanego jako „Postępowanie”), zawiera rażąco niską cenę i jej istotne części składowe są rażąco niskie w stosunku do przedmiotu zamówienia zgodnie ze Specyfikacją Istotnych Warunków Zamówienia (dalej: „SIWZ”).

Zaoferowana cena i jej istotne części składowe na pierwszy rzut oka wydają się rażąco niskie w stosunku do przedmiotu zamówienia i winny prima facie budzić wątpliwości Zamawiającego co do możliwości wykonania przedmiotu zamówienia zgodnie z wymaganiami określonymi przez zamawiającego i wynikającymi z odrębnych przepisów, na co wskazują: (-) porównanie z dotychczasowymi warunkami odbioru odpadów, wynikającymi z obowiązujących od 1.01.2019 do 31.07.2020 umów z Odwołującym, (-) porównanie z kalkulacją minimalnych kosztów wykonania odbioru odpadów, (-) porównanie oferty wykonawcy wybranego z ofertą Odwołującego i jej istotnymi częściami składowymi (-) porównanie z warunkami realizacji zamówienia, jakie wykonawca, którego ofertę wybrano, oferuje w ramach realizacji zamówienia w trybie in-house, świadczonego dla swojej gminy właścicielskiej (Gmina Miejska Złotorja);

2) wyborze jako najkorzystniejszej oferty wykonawcy RPK i zaniechaniu prawidłowego oszacowania wartości zamówienia, zgodnie z art. 32 ust. 1, art. 34, art. 35 ust. 1 i 2 ustawy - przez co Zamawiający nie oszacował prawidłowej wartości szacunkowej przedmiotu zamówienia, w stosunku do której wartość złożonej przez wykonawcę RPK oferty była ceną niższą o co najmniej 30%, a z powodu tego zaniechał

wezwania wykonawcy RPK do wyjaśnienia rażąco niskiej ceny, zgodnie z art. 90 ust. 1 pkt 1 ustawy;

3) wyborze jako najkorzystniejszej oferty wykonawcy RPK i zaniechaniu odrzucenia oferty, złożonej przez wykonawcę RPK, której złożenie stanowiło czyn nieuczciwej konkurencji, przez utrudnianie innym przedsiębiorcom dostępu do rynku przez zaoferowanie sprzedaży usług poniżej kosztów ich świadczenia w celu eliminacji innych przedsiębiorców, co powinno spowodować odrzucenie oferty na podstawie art. 89 ust. 1 pkt 1 ustawy, jako stanowiącej czyn nieuczciwej konkurencji w rozumieniu art. 15 ust. 1 pkt 1 ustawy o zwalczaniu nieuczciwej konkurencji czego Zamawiający zaniechał;

4) wyborze jako najkorzystniejszej oferty wykonawcy RPK i zaniechaniu odrzucenia oferty wykonawcy RPK, która to oferta jest niezgodna z wymogami SIWZ, co powinno skutkować jej odrzuceniem na podstawie art. 89 ust. 1 pkt 4 ustawy, ewentualnie poprzedzonym wezwaniem wykonawcy RPK do wyjaśnienia treści oferty na podstawie art. 87 ust. 1 ustawy, albowiem zgodnie z pkt 4.7. załącznika nr 1 do SIWZ Opis przedmiotu zamówienia w postępowaniu o udzielenie zamówienia publicznego na "Odbiór odpadów komunalnych z nieruchomości zamieszkałych z terenu Gminy Legnickie Pole" Instalacje do których podmiot odbierający odpady komunalne od właścicieli nieruchomości jest obowiązany przekazać odebrane odpady. Wykonawca zobowiązany jest do wskazania w ofercie instalacji komunalnych, do których będzie przekazywał odebrane od właścicieli nieruchomości odpady komunalne. Wykonawca RPK takiej informacji w ofercie nie wskazał, a Zamawiający w związku z odwołaniem, wniesionym od wyboru oferty w postępowaniu ROG.271.14.2020.U.PN Zagospodarowanie odpadów komunalnych z terenu Gminy Legnickie Pole, nie ma zawartej umowy na zagospodarowanie odpadów w okresie od 1.08.2020 - 31.07.2020, w związku z czym nie jest możliwe przyjęcie jakiegokolwiek instalacji komunalnej wg umowy zawartej przez Zamawiającego.

Odwołujący zarzucił zamawiającemu naruszenie:

1) art. 90 ust. 1 w zw. z art. 7 ust. 1 i 3 ustawy w zw. z art. 89 ust. 1 pkt 4 oraz 90 ust. 3 ustawy z art. 6d. ust. 4 pkt 5 ustawy o utrzymaniu czystości i porządku w gminach oraz art. 90 ust. 1a pkt 1 ustawy w zw. z art. 32 ust. 1 ustawy, art. 34, art. 35 ust. 1 i 2 ustawy - w związku z art. 180 ust. 2 pkt 6 ustawy przez wybór oferty, która nie była ofertą najkorzystniejszą z powodu zaniechania wezwania wykonawcy RPK do złożenia wyjaśnień czy zaoferowana przez niego cena jest ceną rażąco niską lub istotne części składowe są rażąco niskie w stosunku do przedmiotu zamówienia mimo, że cena ofertowa ww. wykonawcy powinna wzbudzić wątpliwości Zamawiającego, w szczególności dlatego, że zaoferowane ceny są istotnie niższe niż wykonawca oferuje własnej gminie właścicielskiej (Gminie Miejskiej Złotoryja), rażąco odbiega od cen drugiej oferty, rażąco odbiega od cen usług, z których zamawiający korzystał w ostatnich latach, zaoferowana cena jest o więcej niż 30% niższa niż prawidłowo oszacowana wartość przedmiotu zamówienia, instalacja komunalna, która będzie dokonywać zagospodarowania odpadów wbrew wymogowi z art. 6d. ust. 4 pkt 5 ustawy o utrzymaniu czystości i porządku w gminie nie jest znana, co skutkuje brakiem możliwości przedstawienia wiarygodnych wyjaśnień co do ceny, w tym jednym z podstawowych elementów cenotwórczych tj. kosztów transportu odpadów i uniemożliwia prawidłowe skalkulowanie ceny ofertowej co z kolei powinno prowadzić do odrzucenia oferty ww. wykonawcy;

2) art. 89 ust. 1 pkt 3 ustawy w zw. z art. 15 ust. 1 p. 1) ustawy o zwalczaniu nieuczciwej konkurencji w związku z art. 180 ust. 2 pkt 6 przez wybór oferty, która nie była ofertą najkorzystniejszą z powodu zaniechania odrzucenia oferty wykonawcy RPK, która stanowiła czyn nieuczciwej konkurencji w rozumieniu przepisów o zwalczaniu nieuczciwej konkurencji, co powinno powodować jej odrzucenie;

3) art. 89 ust. 1 pkt 4 w związku z art. 180 ust. 2 pkt 6 ustawy przez wybór oferty, która nie była ofertą najkorzystniejszą z powodu zaniechania odrzucenia oferty wykonawcy RPK, która to oferta jest niezgodna z wymogami SIWZ, co powinno skutkować jej odrzuceniem na podstawie art. 89 ust. 1 pkt 4 ustawy, albowiem zgodnie z p. 4.7. załącznika nr 1 do SIWZ Opis przedmiotu zamówienia w postępowaniu o udzielenie zamówienia publicznego na "Odbiór odpadów komunalnych z nieruchomości zamieszkałych z terenu Gminy Legnickie Pole" Instalacje do których podmiot odbierający odpady komunalne od właścicieli nieruchomości jest obowiązany przekazać odebrane odpady. Wykonawca zobowiązany jest do wskazania w ofercie instalacji komunalnych, do których będzie przekazywał odebrane od właścicieli nieruchomości odpady komunalne, a Wykonawca RPK takiej informacji w ofercie nie wskazał, nie podlega ona uzupełnieniu i nie da się jej określić na podstawie

dokumentacji postępowania.

Odwołujący wniósł o:

- merytoryczne rozpatrzenie przez Krajową Izbę Odwoławczą odwołania i jego uwzględnienie w całości,
- nakazanie Zamawiającemu unieważnienia czynności wyboru oferty najkorzystniejszej tj. oferty RPK,
- nakazanie Zamawiającemu odrzucenia oferty RPK,
- ewentualnie nakazanie Zamawiającemu: (-) wezwanie RPK do złożenia wyjaśnień rażąco niskiej ceny w trybie art. 90 ust. 1 w zw. z art. 90 ust. 1a ustawy, (-) wezwanie RPK do złożenia wyjaśnień w trybie art. 87 ust. 1 ustawy,
- ustalenie kosztów postępowania i zasądzenie od Zamawiającego na rzecz

Odwołującego kosztów postępowania odwoławczego, w tym kosztów zastępstwa prawnego, według norm przepisanych i zgodnie z fakturą przedstawioną przez Odwołującego na rozprawie.

- przeprowadzenie dowodów z dokumentów, stanowiących załączniki do odwołania, na okoliczności wskazane w uzasadnieniu odwołania oraz ewentualnych dalszych dowodów, złożonych w toku postępowania,
- Zobowiązanie przez Wysoką Izbę Zamawiającego do przedłożenia całości dokumentacji, dotyczącej zamówienia publicznego.

Odwołujący wskazał, że niewątpliwie jest wykonawcą, który ma interes w uzyskaniu zamówienia oraz może ponieść szkodę w wyniku naruszenia przez Zamawiającego powołanych w odwołaniu przepisów ustawy. Odwołujący jest zainteresowany udzieleniem mu przedmiotowego zamówienia.

Zgodnie z art. 179 ust. 1 ustawy Odwołujący wskazał, że zaskarżone zaniechanie Zamawiającego narusza interes Odwołującego w uzyskaniu zamówienia, i wykonania go w postępowaniu, zapewniającym zachowanie zgodności z przepisami prawa, uczciwej konkurencji i równego traktowanie wykonawców. W rezultacie Odwołujący nie może uzyskać przedmiotowego zamówienia i osiągnąć zysku, który Odwołujący planował osiągnąć w wyniku realizacji przedmiotowego zamówienia (lucrum cessans). Podstawą do wniesienia niniejszego odwołania jest art. 180 ust. 2 pkt 6 ustawy. Odwołujący podał, że wniósł odwołanie od wyboru wykonawcy RPK. Czynność ta jest konsekwencją zaniechań szeregu czynności przez Zamawiającego, w tym przede wszystkim zaniechania odrzucenia oferty wykonawcy RPK. Argumentację Odwołującego potwierdza orzecznictwo Izby (wyrok Krajowej Izby Odwoławczej z dnia 11 stycznia 2013 r. KIO 2818/12, wyrok z dnia 23 marca 2018 r. KIO 456/18). Uchybienia Zamawiającego związane z brakiem odrzucenia oferty wykonawcy RPK, niezgodnej z SIWZ jak i stanowiącej czyn nieuczciwej konkurencji, jak również ewentualnie w zakresie zaniechania wezwania do wyjaśnienia oferty w trybie art. 87 ust. 1 ustawy lub w ramach zarzutu rażąco niskiej ceny w trybie art. 90 ust. 1 i art. 90 ust. 1a pkt 1 ustawy doprowadziło do niezgodnego z przepisami ustawy wyboru oferty tego wykonawcy. Zgodnie z treścią art. 192 ust. 2 ustawy Izba uwzględnia odwołanie, jeżeli stwierdzi naruszenie przepisów ustawy, które miało wpływ lub może mieć istotny wpływ na wynik postępowania o udzielenie zamówienia. Potwierdzenie się zarzutów, wskazanych w odwołaniu powoduje w ocenie Odwołującego, że w przedmiotowym stanie faktycznym została wypełniona hipoteza normy prawnej wyrażonej w art. 192 ust. 2 ustawy. Powyższe stanowi wystarczającą przesłankę do skorzystania przez Odwołującego ze środków ochrony prawnej przewidzianych w art. 179 ust. 1 ustawy. Tym samym należy uznać, że Odwołujący wykazał przesłankę materialnoprawną dopuszczalności odwołania.

Odwołanie wniesiono w postępowaniu prowadzonym w trybie nieograniczonym ustawy o wartości zamówienia mniejszej niż kwoty określone w przepisach wydanych na podstawie art. 11 ust. 8 ustawy. Zamawiający poinformował Odwołującego o odrzuceniu jego oferty w dniu 21 lipca 2020 r. Zgodnie zatem z przepisem art. 180 ust. 1 i 2 ustawy w zw. z art. 14 ust. 2 ustawy odwołanie jest wniesione w terminie i uznać je należy za dopuszczalne.

Odwołujący następująco uzasadnił przedstawione w odwołaniu zarzuty

W uzasadnieniu zarzutów 1 i 2 Odwołujący wskazał, że:

Zamawiający naruszył art. 90 ust. 1 w zw. z art. 7 ust. 1 i 3 ustawy w zw. z art. 89 ust. 1 pkt 4 oraz 90 ust. 3 ustawy z art. 6d. ust. 4 pkt 5 ustawy o utrzymaniu czystości i porządku w gminach oraz art. 90 ust. 1a pkt 1 ustawy w zw. z art. 32 ust. 1 ustawy, art. 34, art. 35 ust. 1 i 2 ustawy w związku z art. 180 ust. 2 ustawy przez wybór oferty, która nie była ofertą najkorzystniejszą z powodu zaniechania wezwania wykonawcy RPK do złożenia wyjaśnień czy zaoferowana przez niego cena jest ceną rażąco niską lub istotne części składowe są rażąco niskie w stosunku do przedmiotu zamówienia mimo, że cena ofertowa ww. wykonawcy powinna wzbudzić wątpliwości Zamawiającego, w szczególności dlatego, że zaoferowane ceny są istotnie niższe niż wykonawca oferuje własnej gminie właścicielskiej (Gminie Miejskiej Złotoryja), rażąco odbiega od cen drugiej oferty, rażąco odbiega od cen usług, z których Zamawiający korzystał w ostatnich latach, zaoferowana cena jest o więcej niż 30% niższa niż prawidłowo oszacowana wartość przedmiotu zamówienia, instalacja komunalna, która będzie dokonywać zagospodarowania odpadów wbrew wymogowi z art. 6d. ust. 4 p. 5 ustawy o utrzymaniu czystości i porządku w gminie nie jest znana, co skutkuje brakiem możliwości przedstawienia wiarygodnych wyjaśnień co do ceny, w tym jednym z podstawowych elementów cenotwórczych tj. kosztów transportu odpadów i uniemożliwia prawidłowe skalkulowanie ceny ofertowej co z kolei powinno prowadzić do odrzucenia oferty ww. wykonawcy, jak i art. 89 ust. 1 pkt 3 ustawy w zw. z art. art. 15 ust. 1 pkt 1 ustawy o zwalczaniu nieuczciwej konkurencji w związku z art. 180 ust. 2 pkt 6 ustawy przez wybór oferty, która nie była ofertą najkorzystniejszą z powodu zaniechania odrzucenia oferty wykonawcy RPK, która stanowiła czyn nieuczciwej konkurencji w rozumieniu przepisów o zwalczaniu nieuczciwej konkurencji, co powinno powodować jej odrzucenie. Uzasadnienie tych zarzutów sprowadza się do wybrania przez Zamawiającego na skutek błędów postępowania oferty z rażąco niską ceną, poniżej kosztów wykonania usługi, której zaoferowanie miało wyeliminować Odwołującego z lokalnego rynku.

Odwołujący wskazał, że - co nie podlega bezpośredniemu zaskarżeniu, a Odwołujący może się do tego odnieść jedynie pośrednio w odwołaniu - Zamawiający nienależycie wykonał oszacowania szacunkowej wartości zamówienia w sposób niezgodny z przepisami art. 32 ust. 1, 34 i 35 ust. 1 i 2 ustawy. Dokonując tego szacowania w sposób należyty, winien wziąć pod uwagę wartość świadczonych na jego rzecz usług zagospodarowania i odbioru odpadów w ostatnim okresie, odjąć cenę zagospodarowania wg cennika instalacji, i na tej podstawie oszacować wartość zamówienia. Wykonując takie działanie Odwołujący na podstawie ostatnich cen z lipca br., pomniejszonych o wartość zagospodarowania, przemnożoną przez okres, którego dotyczy postępowanie, uzyskał kwotę 848 096, 79 zł netto. Jest to kwota prawie dwukrotnie wyższa niż wartość oferty wykonawcy RPK (nawet odejmując wartość ostatnich trzech pozycji). Prawidłowe określenie szacunkowej wartości zamówienia powoduje, że Zamawiający jest zobowiązany, zgodnie z art. 90 ust. 1a pkt 1 ustawy wezwać wykonawcę RPK do wyjaśnień w zakresie rażąco niskiej ceny, czego zaniechał.

Odwołujący argumentował, że już na pierwszy rzut oka widocznym jest, że cena i jej istotne części składowe są rażąco niskie.

Po pierwsze, trzy najwyższe składniki ceny: cena za odbiór i transport odpadów zmieszanych, tworzyw sztucznych i metali, jak również odpadów BIO w ofercie wykonawcy RPK są prawie dwukrotnie wyższe niż w drugiej ofercie - ofercie Odwołującego i niż ceny, za które na rzecz Zamawiającego była świadczona usługa w ostatnim czasie.

Po drugie, wykonawca RPK świadczy usługę w swojej właścicielskiej Gminie Miejskiej Złotoryja za cenę na odpadach zmieszanych, bio i selektywnie gromadzonych w roku 2020 za 231,50 zł netto. Nie przejeżdża w tym celu 25 km w jedną stronę, a z dojazdem do instalacji 71 km (najbardziej pesymistyczny wariant w postępowaniu o zagospodarowanie odpadów, o czym niżej). Ewidentnym jest zatem, że wykonawca RPK zaoferował celowo rażąco niską cenę, celem wyeliminowania z rynku konkurencji. Zamawiający winien był przynajmniej wezwać wykonawcę do wyjaśnienia rażąco niskiej ceny, choć biorąc pod uwagę, że jej zaoferowanie stanowiło równocześnie czyn nieuczciwej konkurencji, mógł w ocenie Odwołującego, dokonać odrzucenia od razu.

Działając zgodnie z artykułem 89 ustęp 1 punkt 4 ustawy Zamawiający odrzuca ofertę, jeżeli jej treść zawiera rażąco niską cenę w stosunku do przedmiotu zamówienia, a zgodnie z artykułem 90 ustęp 3 ustawy, Zamawiający odrzuca ofertę wykonawcy, który nie udzielił wyjaśnień lub jeżeli dokonana ocena wyjaśnień wraz ze złożonymi dowodami potwierdza, że oferta zawiera rażąco niską cenę lub koszt w stosunku do przedmiotu zamówienia.

Zasadą umów na odbiór i transport odpadów jest to, że Zamawiający określa szacunkowe

ilości danych pozycji, ale nie oznacza to, że w trakcie realizacji umowy ilość ta zostanie zrealizowana ściśle w danej ilości. Dlatego każda pozycja wyszczególniona w ofercie, niezależnie od założonych ilości, powinna mieć cenę jednostkową na poziomie umożliwiającym wykonanie przedmiotu zamówienia, zgodnie z wymaganiami określonymi w umowie i specyfikacji istotnych warunków zamówienia. Każda pozycja powinna być skalkulowana na realnym poziomie, gwarantującym jej wykonanie. Brak gwarancji wykonania pozycji zgodnie z wymaganiami umowy i specyfikacji istotnych warunków zamówienia, gdzie zaoferowana cena jednostkowa jest rażąco niska, występuje już na pierwszy rzut oka co najmniej dla wskazanych wyżej pozycji. Tym bardziej, że odbiór i transport każdego odpadu musi odbywać się odrębnym pojazdem, a zgodnie z pkt 6.10 OPZ, Wykonawca ponosi całkowitą odpowiedzialność za prawidłowe gospodarowanie odebranymi odpadami zgodnie z przepisami prawa powszechnego obowiązującymi w tym zakresie. Dotyczy to m.in. ewentualnego przeładunku odpadów, transportu odpadów, spraw formalnoprawnych związanych z odbieraniem i dostarczaniem odpadów uprawnionemu przedsiębiorcy prowadzącemu działalność w zakresie odzysku lub unieszkodliwiania odpadów komunalnych. Zgodnie z pkt 6.11 i pkt 4.5.4 OPZ Wykonawcę obowiązuje: - zakaz mieszania selektywnie zebranych odpadów komunalnych ze zmieszkanymi odpadami komunalnymi odbieranymi od właścicieli nieruchomości, - zakaz mieszania ze sobą poszczególnych frakcji selektywnie zebranych odpadów komunalnych.

Brak gwarancji wykonania którejkolwiek, a nie tylko wszystkich pozycji powoduje konieczność wyeliminowania oferty z uwagi na zaoferowanie rażąco niskiej. W przypadku wykrycia nierynkowych cen jednostkowych, Zamawiający winien wezwać wykonawcę do wyjaśnienia rażąco niskiej ceny, a jego ocena winna być dokonana w oparciu o ustalenie czy cena skalkulowana była rzetelnie oraz czy wykonawca będzie w stanie zrealizować zamówienie, zgodnie z deklaracjami złożonymi w ofercie. W tym przypadku jest to niemożliwe.

Dodatkowo z uwagi na brak zawarcia umowy na zagospodarowanie odpadów na okres ich odbioru, objęty niniejszym postępowaniem i brak podania instalacji przez samego wykonawcę, brak jest ujęcia w kalkulacji ceny konieczności transportu do instalacji, a to z uwagi na brak jej określenia przez Zamawiającego, jak i wykonawcę RPK. Odległość pomiędzy siedzibą wykonawcy RPK a najdalszą możliwą instalacją, zaoferowaną w zaskarżonym także do KIO co do rozstrzygnięcia postępowaniu na zagospodarowanie odpadów wynosi z uwzględnieniem Gminy Legnickie Pole ok. 71 km, co, biorąc pod uwagę konieczność odbioru odpadów z Gminy Legnickie Pole przy założeniu konieczności wykonania wskazanej w ofercie ilości kursów pojazdów, ma niebagatelne znaczenie dla wyliczenia ceny usługi. A tymczasem nawet bez takich przejazdów wykonawca RPK oferował w styczniu br. we własnej Gminie ceny znacznie i istotnie wyższe, niż oferowane w niniejszym przetargu.

Nie ulega wątpliwości, że okoliczności o których mowa wyżej tj. niewiadoma w zakresie miejsca, do którego mają być transportowane odpady, mająca kluczowe znaczenie dla ceny ofertowej powinna wzbudzić co najmniej wątpliwości Zamawiającego i skłonić go do wszczęcia procedury z art. 90 ust. 1 ustawy. Wobec tego, że nie wiadome jest miejsce docelowe transportu odpadów, które mają być przedmiotem odbioru, nie jest możliwe, żeby wykonawca RPK udzielił szczegółowych i wiarygodnych wyjaśnień dotyczących ceny zaoferowanej w przedmiotowym postępowaniu.

W toku procedury z art. 90 ust. 1 ustawy, wykonawca zobowiązany jest do wskazania w kalkulacji wszystkich elementów cenotwórczych mających wpływ na wysokość zaoferowanej ceny z podaniem ich konkretnych wartości (wyrok Krajowej Izby Odwoławczej z dnia 2 grudnia 2015 r sygn. akt KIO 2543/15). Jest oczywiste, że takich wyjaśnień wykonawca w niniejszym postępowaniu nie jest w stanie złożyć, gdyż z okoliczności sprawy ewidentnie wynika, że zaproponował cenę poniżej kosztów wykonania, co Odwołujący udowodnił w toku postępowania.

W uzasadnieniu zarzutu 3 Odwołujący wskazał, że:

Zamawiający naruszył art. 89 ust. 1 pkt 4 w związku z art. 180 ust. 2 pkt 6 ustawy przez wybór oferty, która nie była ofertą najkorzystniejszą, a to z powodu zaniechania odrzucenia oferty wykonawcy RPK, która to oferta jest niezgodna z wymogami SIWZ. Zgodnie z p. 4.7. załącznika nr 1 do SIWZ Opis przedmiotu zamówienia w postępowaniu o udzielenie zamówienia publicznego na "Odbiór odpadów komunalnych z nieruchomości zamieszkałych z terenu Gminy Legnickie Pole" Instalacje do których podmiot odbierający odpady komunalne od właścicieli nieruchomości jest obowiązany przekazać odebrane odpady. Wykonawca zobowiązany jest do wskazania w ofercie instalacji komunalnych, do których będzie przekazywał odebrane od właścicieli nieruchomości odpady komunalne.

Wykonawca RPK mimo wymogu, wskazanego w p. 4.7 OPZ nie wskazał instalacji, do której będzie przekazywał odpady. Taka instalacja nie wynika także z żadnego innego dokumentu ani danych bezpośrednich czy pośrednich. Zamawiający w związku z odwołaniem, wniesionym od wyboru oferty w postępowaniu ROG.271.14.2020.U.PN Zagospodarowanie odpadów komunalnych z terenu Gminy Legnickie Pole, nie ma zawartej umowy na zagospodarowanie odpadów w okresie od 1.08.2020- 31.07.2020, w związku z czym nie jest możliwe przyjęcie jakiegokolwiek instalacji komunalnej wg umowy zawartej przez Zamawiającego.

Równocześnie w ofercie wybranej w postępowaniu na zagospodarowanie, co miało miejsce w dniu 15.07.2020r. (a więc już po terminie składania ofert w niniejszym postępowaniu, a ofertą wybraną jest oferta Odwołującego), wskazanych zostało kilka instalacji, położonych w różnych odległościach od Gminy Miejskiej Złotoryja, tj. od 14 do 30 km- Legnica, Jawor, Jarosław, Strzegom i Goczałków. Natomiast wykonawca, który złożył odwołanie, i który teoretycznie może wygrać postępowanie na skutek odwołania wskazał Lubin - 39 km od Gminy Miejskiej Złotoryja. W sytuacji dwóch postępowań, odrębnie na zagospodarowanie i odrębnie na odbiór odpadów, zgodnie z art. 6d. ust. 4 p. 5 ustawy, w SIWZ w postępowaniu na odbiór odpadów powinna zostać wskazana instalacja lub instalacje, gdzie wykonawca będzie miał obowiązek przekazać odpady. Jest to obowiązkowy element SIWZ, którego brak powoduje niezgodność postępowania z ustawą. Jednakże Zamawiający, pomimo notyfikacji Odwołującego, nie usunął tej niezgodności, nie zawarł także przed rozstrzygnięciem przetargu na odbiór umowy na zagospodarowanie, równocześnie pozostawiając w specyfikacji postępowania na odbiór wymóg podania instalacji, do której wykonawca będzie przekazywał odpady - czego wykonawca RPK nie uczynił. Zamawiający zaniechał w tym zakresie nawet wezwania wykonawcy RPK w trybie art. 87 ust. 1 ustawy do wyjaśnienia treści oferty, co zresztą w ocenie Odwołującego w obecnej sytuacji trwających równolegle postępowań na zagospodarowanie i odbiór nie może prowadzić do wyjaśnienia, na jaką instalację będą przekazywane odpady, a stanowiłoby niedozwoloną negocjację oferty. Wykonawca nie może bowiem uzupełnić swojej oferty o wskazanie instalacji, a wbrew wymogowi z art. 6 lit. „d”. ust. 4 pkt 5 ustawy o utrzymaniu czystości i porządku w gminie (dalej zwanej jako „ustawy o utrzymaniu czystości”) instalacje te nie zostały wskazane w SIWZ. Brak informacji o miejscu instalacji przetwarzania odpadów uniemożliwia ocenę i wybór oferty przez Zamawiającego, jak również przedstawienie wiarygodnych wyjaśnień co do ceny i prawidłowe skalkulowanie ceny oferty przez Wykonawcę. Wobec powyższego oferta RPK podlegała odrzuceniu, jako niezgodna z SIWZ, czego zamawiający zaniechał, a co bezpośrednio spowodowało wybór najkorzystniejszej oferty z naruszeniem ustawy.

Wobec powyższego Odwołujący wniósł jak na wstępie, z uwzględnieniem całokształtu przedstawionej powyżej argumentacji.

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

I.

Izba ustaliła, że nie została wypełniona żadna z przesłanek, o których stanowi art. 189 ust. 2 ustawy Prawo zamówień publicznych (Dz. U. z 2019 roku, poz. 1843; dalej: „Pzp” lub „ustawa”), skutkujących odrzuceniem odwołania. Odwołanie zostało złożone do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej 27 lipca 2020 roku oraz została przekazana w ustawowym terminie kopia odwołania Zamawiającemu, co zostało potwierdzone na posiedzeniu oraz wynika z akt sprawy odwoławczej.

II.

Izba ustaliła, że zostały wypełnione łącznie przesłanki z art. 179 ust 1 ustawy - 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.

III.

Na podstawie art. 191 ust. 2 ustawy wydając wyrok, Izba bierze za podstawę stan rzeczy ustalony w toku postępowania.

Na podstawie art. 190 ust. 1 ustawy - Strony i uczestnicy postępowania odwoławczego są obowiązani wskazywać dowody do stwierdzenia faktów, z których wywodzą skutki prawne. Dowody na poparcie swych twierdzeń lub odparcie twierdzeń strony przeciwnej strony i uczestnicy postępowania odwoławczego mogą przedstawiać aż do zamknięcia rozprawy. Przepis ten nakłada na Strony postępowania obowiązek, który zarazem jest uprawnieniem Stron, wykazywania dowodów na stwierdzenie faktów, z których wywodzą skutki prawne. Podkreślenia wymaga w tym miejscu, że postępowanie przed Izbą stanowi postępowanie kontradyktoryjne, czyli sporne, a z istoty tego postępowania wynika, że spór toczą Strony postępowania i to one mają obowiązek wykazywania dowodów, z których wywodzą określone skutki prawne.

Mając na uwadze, że stosunki z zakresu prawa zamówień publicznych mają charakter

cywilnoprawny, powołując w tym miejscu na regulację art. 1 ustawy z dnia 23 kwietnia 1964

roku - Kodeks cywilny, zgodnie z którym kodeks reguluje stosunki cywilnoprawne między osobami fizycznymi i osobami prawnymi, przechodząc do art. 6 Kodeksu cywilnego, który stanowi, że ciężar udowodnienia faktu spoczywa na osobie, która z faktu tego wywodzi skutki prawne należy wskazać, że właśnie z tej zasady wynika reguła art. 190 ust 1 ustawy. Przepis art. 6 Kodeksu cywilnego wyraża dwie ogólne reguły, a mianowicie wymaganie udowodnienia powoływanego przez stronę faktu, powodującego powstanie określonych skutków prawnych oraz usytuowanie ciężaru dowodu danego faktu po stronie osoby, która z faktu tego wywodzi skutki prawne; ei incumbit probatio qui dicit non qui negat (na tym ciąży dowód kto twierdzi a nie na tym kto zaprzecza).

Izba wskazuje, że postępowanie odwoławcze jest odrębnym od postępowania o udzielenie zamówienia publicznego postępowaniem, które ma na celu rozstrzygnięcie powstałego pomiędzy Stronami sporu. W trakcie postępowania odwoławczego to Odwołujący kwestionuje podjęte przez Zamawiającego decyzje w zakresie oceny ofert i wykonawców w postępowaniu, nie zgadza się z podjętymi czynnościami lub zaniechaniem określonych działań, tak więc zgodnie z regułą płynącą z art. 190 ustawy to na Odwołującym ciąży ciężar dowiedzenia, że stanowisko Zamawiającego jest nieprawidłowe.

Izba wskazuje w tym miejscu na wyrok Sądu Okręgowego w Poznaniu z dnia 19 marca 2009 roku sygn. akt X Ga 32/09, w którym to orzeczeniu Sąd wskazał między innymi Ciężar udowodnienia takiego twierdzenia spoczywa na tym uczestniku postępowania, który przytacza twierdzenie o istnieniu danego faktu, a nie na uczestniku, który twierdzeniu temu zaprzecza (...). Za wyrokiem z dnia 21 stycznia 2012 roku Krajowej Izby Odwoławczej sygn. akt KIO 54/12: Zgodnie z art. 190 ust. 1 ustawy p.z.p. strony są obowiązane wskazywać dowody dla stwierdzenia faktów, z których wywodzą skutki prawne. Ciężar dowodu, zgodnie z art. 6 k.c. w zw. z art. 14 ustawy p.z.p. spoczywa na osobie, która z danego faktu wywodzi skutki prawne. Ciężar dowodu rozumieć należy z jednej strony jako obarczenie strony procesu obowiązkiem przekonania sądu (w tym przypadku Krajowej Izby Odwoławczej) dowodami o słuszności swoich twierdzeń, a z drugiej konsekwencjami zaniechania realizacji tego obowiązku, lub jego nieskuteczności, zaś tą konsekwencją jest zazwyczaj niekorzystny dla strony wynik postępowania (wyrok Sądu Najwyższego z dnia 7 listopada 2007 r., sygn. akt II CSK 293/07). Postępowanie przed Krajową Izbą Odwoławczą toczy się z uwzględnieniem zasady kontradyktoryjności, zatem to strony obowiązane są przedstawiać dowody a Krajowa Izba Odwoławcza nie ma obowiązku wymuszania ani zastępowania stron w jego wypełnianiu (wyrok Sądu Najwyższego z dnia 7 listopada 2007 r., sygn. akt II CSK 293/07, wyrok Sądu Najwyższego z dnia 16 grudnia 1997 r., sygn. akt II UKN 406/97, wyrok Sądu Apelacyjnego z dnia 27 maja 2008 r., sygn. akt V ACa 175/08, wyrok KIO 1639/11).

IV.

Skład orzekający Izby rozpoznając sprawę uwzględnił akta sprawy odwoławczej, w skład których zgodnie z par. 8 ust. 1 rozporządzenia Prezesa Rady Ministrów z dnia 22 marca 2018 roku w sprawie regulaminu postępowania przy rozpoznawaniu odwołań (Dz. U. z 2018 r. poz. 1092) wchodzi odwołanie wraz z załącznikami oraz kopia dokumentacji postępowania o udzielenie zamówienia publicznego, a także inne pisma składane w sprawie oraz pisma przekazywane przez Izbę w związku z wniesionym odwołaniem.

Izba uwzględniła stanowisko Zamawiającego zaprezentowane w piśmie z dnia 7 sierpnia 2020 roku „Odpowiedź na odwołanie” Zamawiający wniósł o oddalenie odwołania w całości oraz dopuściła dowody zawnioskowane w tym piśmie i do niego załączone.

Izba uwzględniła także stanowisko Odwołującego złożone ustnie do protokołu.

Izba dopuściła dowody zawnioskowane i złożone przez Odwołującego w trakcie rozprawy:

- dowód nr 1 - umowa z dnia 31 stycznia 2020 roku ,
 - dowód nr 2 - zaproszenie do negocjacji i załącznik do zaproszenia do negocjacji
- Miasto Złotoryja,
- dowód nr 3 - formularz cenowy Rejonowe Przedsiębiorstwo Komunalne spółka z ograniczoną odpowiedzialnością z siedzibą w Złotoryi (dalej: RPK), złożony dla gminy miejskiej Złotoryja,
 - dowód nr 4 - pismo do Burmistrza Miasta Złotoryja z dnia 3 stycznia 2017 wraz z załącznikami,
 - dowód nr 5 - opracowanie „Analiza ceny odbioru i transportu odpadów komunalnych gmina Legnickie Pole” (opracowanie przygotowane na zlecenie Odwołującego) wraz z załącznikami,
 - dowód nr 6 - kopie dwóch ofert RPK dla gminy Mściwojów na: odbiór i transport odpadów komunalnych od właścicieli nieruchomości niezamieszkałych położonych na terenie Gminy Mściwojów w okresie 01.05.2019 - 31.12.2021, oraz odbiór i transport odpadów komunalnych od właścicieli nieruchomości niezamieszkałych położonych na terenie Gminy Mściwojów w okresie 01.11.2019 - 31.12.2021,
 - dowód nr 7 - opracowanie „Wyliczenie kwoty niedoszacowania wartości oferty dla zamówienia na Odbiór odpadów komunalnych z nieruchomości zamieszkałych na terenie Gminy Legnickie Pole od 01.07. 2020 - 30.06.2021 (dojazd + objazdy po gminie) - opracowanie przygotowane na zlecenie Odwołującego,
 - dowód nr 8 - wydruk emaila, korespondencja z przedstawicielem Stacji
- Przeładunkowej w Pielgrzymce,
- dowód nr 9 - Specyfikacja Istotnych Warunków Zamówienia oraz oferty w postępowaniu „Zagospodarowanie odpadów komunalnych w terenie Gminy Legnickie Pole”,
 - dowód nr 10 - odwołanie w postępowaniu na „Zagospodarowanie odpadów komunalnych w terenie Gminy Legnickie Pole”.

V.

W zakresie zarzutów odwołania:

Na wstępie, przed wskazaniem uzasadnienia w zakresie rozpoznania zarzutów odwołania Izba dokonała ustalenia co do samej nazwy postępowania o udzielenie zamówienia publicznego, bowiem nie jest ona jednolita.

Izba stwierdziła, że pod nazwą Odbiór odpadów komunalnych z nieruchomości zamieszkałych z terenu Gminy Legnickie Pole, która podana jest w nazwie Specyfikacji Istotnych Warunków Zamówienia (dalej: SIWZ), w nazwie Opisu przedmiotu zamówienia Załącznik nr 1 do SIWZ, w ogłoszeniu o zamówieniu oraz nazwa „Odbiór i transport odpadów komunalnych od właścicieli nieruchomości zamieszkałych położonych na terenie Gminy Legnickie Pole w okresie od 01.07.2020 r.-30.06.2021 r.” która podana jest w Załączniku 2 do SIWZ odnoszą się do tego samego postępowania o udzielenie zamówienia publicznego. Izba posługuje się nazwą wskazaną w ogłoszeniu o zamówieniu oraz w nazwie SIWZ.

Izba dostrzegła również, że Zamawiający w Załączniku nr 2a do SIWZ - Wykaz cen posłużył się jeszcze inną nazwą „Odbiór i transport odpadów komunalnych z terenu gminy Legnickie Pole”.

W zakresie zarzutu (3) naruszenia art. 89 ust. 1 pkt 4 w związku z art. 180 ust. 2 pkt 6 ustawy przez wybór oferty, która nie była ofertą najkorzystniejszą z powodu zaniechania odrzucenia oferty wykonawcy Rejonowe Przedsiębiorstwo Komunalne spółka z ograniczoną odpowiedzialnością z siedzibą w Złotorzy (dalej: RPK), która to oferta jest niezgodna z wymogami SIWZ, co powinno skutkować jej odrzuceniem na podstawie art. 89 ust. 1 pkt 4 ustawy, albowiem zgodnie z p. 4.7. załącznika nr 1 do SIWZ Opis przedmiotu zamówienia Wykonawca zobowiązany jest do wskazania w ofercie instalacji komunalnych, do których będzie przekazywał odebrane od właścicieli nieruchomości odpady komunalne, a Wykonawca RPK takiej informacji w ofercie nie wskazał, nie podlega ona uzupełnieniu i nie da się jej określić na podstawie dokumentacji postępowania - Izba uznała zarzut za zasadny.

Izba ustaliła, na podstawie przesłanej przez Zamawiającego dokumentacji postępowania o udzielenie zamówienia publicznego:

W Specyfikacji Istotnych Warunków Zamówienia (dalej: SIWZ) „po zmianie III” zatwierdzonej w dniu 24 czerwca 2020 roku w Rozdziale III - Opis przedmiotu zamówienia w punkcie 3 Zamawiający podał:

Przedmiot niniejszego zamówienia obejmuje wykonanie usługi związanej z odbiorem zmieszanych i selektywnie zbieranych odpadów komunalnych bezpośrednio z nieruchomości zamieszkałych położonych na terenie gminy Legnickie Pole oraz ich transport do odpowiedniej stacji przeładunkowej. Wykonawca zobowiązany jest posiadać umowy na instalacje.

W załączniku nr 1 do SIWZ - Opis przedmiotu zamówienia w postępowaniu o udzielenie zamówienia publicznego na „Odbiór odpadów komunalnych z nieruchomości zamieszkałych z terenu Gminy Legnickie Pole” w punkcie 4.7 Zamawiający podał:

Wykonawca zobowiązany jest do wskazania w ofercie instalacji komunalnych, do których będzie przekazywał odebrane od właścicieli nieruchomości odpady komunalne.

Izba ustaliła na podstawie przesłanej dokumentacji postępowania o udzielenie zamówienia publicznego, że w dniu 19 czerwca 2020 roku Zamawiający udzielił wyjaśnień do treści SIWZ oraz w odpowiedzi nr 1 wskazał, że Zamawiający zmieni zapisy w treści SIWZ i wskaże instalacje do zagospodarowania odpadów. Dodatkowo Zamawiający informuje, że Wykonawca zobowiązany jest posiadać umowy na instalacje.

Izba ustaliła, że w wyniku tych odpowiedzi dokonano modyfikacji SIWZ w zakresie Rozdziału III punkt 3, który to przebrał treść jak wskazana została wyżej.

Izba na podstawie dokumentacji ustaliła również, że Zamawiający nie zmienił postanowień SIWZ i nie wskazał instalacji do zagospodarowania odpadów.

Izba ustaliła, że Zamawiający prowadzi postępowanie o udzielenie zamówienia publicznego na „Zagospodarowanie odpadów komunalnych z terenu Gminy Legnickie Pole” (dowód nr 9 i 10), które nie zostało na dzień wyrokowania rozstrzygnięte.

Izba ustaliła, że w ofercie wykonawcy Rejonowe Przedsiębiorstwo Komunalne spółka z ograniczoną odpowiedzialnością z siedzibą w Złotorzy (dalej: RPK) z dnia 29 czerwca 2020 roku nie została wskazana / wskazane instalacje komunalne, do których będzie przekazywał odebrane od właścicieli nieruchomości odpady komunalne.

Izba w ocenie zarzutu wskazuje, że:

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, że ustawa zobowiązuje Zamawiających zgodnie art. 89 ust. 1 pkt 2 ustawy, z zastrzeżeniem art. 87 ust. 2 pkt 3, do odrzucenia oferty o ile jej treść nie odpowiada treści specyfikacji istotnych warunków zamówienia (dalej: SIWZ). 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.

Wymaga również odnotowania w tym miejscu, że podana podstawa prawna przez Odwołującego jest niewłaściwa, jednakże subsumpcja wskazanych uchybień i obowiązujących przepisów, która pozostaje po stronie Izby, pozwala w sposób jednoznaczny na stwierdzenie, że podnoszone argumentacja odnosi się do naruszenia art. 89 ust. 1 pkt 4 ustawy.

Wskazać należy, co ugruntowane jest w orzecznictwie Izby oraz sądów powszechnych, że o zgodności treści oferty z treścią SIWZ przesądza ich porównanie. Niezgodność treści oferty z treścią SIWZ 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 - w przedmiotowym postępowaniu, w ofercie złożonej przez Rejonowe Przedsiębiorstwo Komunalne spółka z ograniczoną odpowiedzialnością z siedzibą w Złotoryi (dalej: RPK) Zamawiający nie dopatrzył się niezgodności treści oferty z wymaganiami określonymi w SIWZ w odniesieniu do wykonania przedmiotu zamówienia, które sam Zamawiający w SIWZ określił.

Izba podkreśla, że należy mieć na uwadze, że niezgodność treści oferty z treścią SIWZ - 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 SIWZ wymaganiom. Dodatkowo wymaga również przypomnienia, że wymagania co do przedmiotu zamówienia oraz sposobu jego realizacji Zamawiający określa w SIWZ jak również może tego dokonać w załącznikach, jak Opis przedmiotu zamówienia. Obowiązkiem wykonawcy przystępującego do postępowania o udzielenie zamówienia publicznego jest złożenie oferty zgodnej z postanowieniami SIWZ (porównaj: wyrok Sądu Okręgowego w Warszawie z 10 lipca 2008 roku sygn. akt V Ca 1109/08). Odzwierciedleniem wymagań SIWZ, a tym samym wymagań Zamawiającego co do przedmiotu zamówienia, sposobu jego realizacji jest złożona w postępowaniu o udzielenie zamówienia oferta. Wykonawca składający ofertę niezgodną z wymaganiami Zamawiającego, musi brać pod uwagę konsekwencje jakie go spotkają, w szczególności odrzucenie oferty z postępowania.

Izba zaznacza, że postępowanie o udzielenie zamówienia publicznego, stanowi szczególną formę prowadzącą do zawarcia umowy w sprawie realizacji danego zamówienia, kreowane jest przez obowiązujące przepisy prawa dla tej dyscypliny i zobowiązuje tymi przepisami wszystkich uczestników tego systemu. Choć samo postępowanie o udzielenie zamówienia publicznego nie powinno być formalizmem samym w sobie, a jego głównym zadaniem jest doprowadzenie do zawarcia umowy - to odstąpienie od formalizmu nie może być utożsamiane z modyfikacją reguł postępowania określonych ustawą i zdefiniowanych co do wymagań przez samego Zamawiającego w SIWZ, a w konsekwencji prowadzić do wyboru w postępowaniu oferty, która nie jest zgodna z ukształtowanymi na etapie ogłoszenia o zamówieniu wymaganiami Zamawiającego. 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. Zamawiający nie może i nie jest w żaden sposób uprawniony do odstępowania od oceny ofert według reguł, które sam określił w dokumentacji Postępowania o udzielenie zamówienia publicznego, a które to nakładają na wykonawców określone obowiązki, które Zamawiający musi zweryfikować na etapie oceny ofert.

W odpowiedzi na odwołanie sam Zamawiający podał, że podstawą faktyczną odrzucenia

oferty z powodu jej niezgodności z SIWZ może być tylko rzeczywista treść oferty, o ile nie odpowiada wymaganiom jasno w SIWZ określonym. W ocenie Izby Zamawiający prawidłowo rozumie treść obowiązujących przepisów lecz nieprawidłowo ją stosuje, bowiem w złożonej ofercie RPK nie wskazał, wbrew jasnym wymaganiom Zamawiającego określonym w pkt 4.7 OPZ załącznik nr 1 do SIWZ (Wykonawca zobowiązany jest do wskazania w ofercie instalacji komunalnych, do których będzie przekazywał odebrane od właścicieli nieruchomości odpady komunalne) instalacji komunalnych, do których będzie przekazywał odebrane od właścicieli nieruchomości odpady komunalne.

Dodatkowo należy podkreślić, że Zamawiający mimo poczynionym zapowiedzią w wyjaśnieniach treści SIWZ z dnia 19 czerwca 2020 roku również nie dokonał modyfikacji SIWZ. Izba nie podziela argumentacji Zamawiającego z ww. pisma procesowego a odnoszącego się do tego, że nie chodzi o jakiegokolwiek wymogi zamawiającego, ale o wymogi odnoszące się do ukształtowania przyszłego świadczenia - przedmiotu umowy. Wymaga wskazania, że etapie postępowania o udzielenie zamówienia publicznego po złożeniu ofert zamawiający nie może dokonywać jakichkolwiek zmian co do przedmiotu zamówienia, co do wymagań określonych z realizacją przedmiotu zamówienia i określonych w tym zakresie, w dokumentacji postępowania wymagań. Zamawiający jednoznacznie żądał od wykonawcy wskazania w ofercie instalacji komunalnych, do których będzie przekazywał odebrane od właścicieli nieruchomości odpady komunalne. Taka konstrukcja OPZ nie pozostawia jakiegokolwiek miejsca na interpretację, bowiem postanowienie to jest jednoznaczne, jasne i precyzyjne i bez wątpienia odnosi się do realizacji przyszłego świadczenia co sam Zamawiający zdefiniował określając w SIWZ w załączniku nr 1 Opis przedmiotu zamówienia w punkcie 4.7. Izba dostrzegła również, że Zamawiający w swojej argumentacji zawartej w piśmie procesowym pominął w zupełności i w żaden sposób nie odniósł się do ukształtowanego wymagania w OPZ, w zasadzie przemilczał określone przez siebie wymaganie. Tym samym, oraz mając na uwadze poczynioną powyżej argumentację, Izba uznała w zupełności za nieprawidłowe i niezasadne stwierdzenie Zamawiającego, że wykonawca w swojej ofercie nie był zobowiązany wskazać instalacje komunalne, do których miałby przekazywał odpady odebrane od właścicieli nieruchomości, a przez to nie uchybił swojemu obowiązkowi zgodności oferty z wymogami SIWZ. Wykonawca zgodnie z SIWZ był zobowiązany do podania takich informacji, co jednoznacznie potwierdzają ukształtowane przez Zamawiającego wymagania.

Izba wskazuje również, że nie jest przeszkodą w podaniu wymaganiach przez Zamawiającego informacji nieokreślenie przez Zamawiającego w druku formularza oferty miejsca na podanie takiej informacji. Pamiętać bowiem należy, co zostało ugruntowane już w orzecznictwie Izby i sądów powszechnych, że formularze jakie szykuje Zamawiający stanowią jedynie wzory przy użyciu których można złożyć ofertę (formularz oferty) czy oświadczenie, czy też inne formularze np. cenowe. Kluczowym dla prawidłowego złożenia oferty przez wykonawcę jest odpowiedź na wymagania Zamawiającego określone w SIWZ oraz załącznikach do SIWZ, jak również w wyjaśnieniach do SIWZ. Wymaga dodatkowo wskazania, że Zamawiający w SIWZ w Rozdziale X opis sposobu przygotowania oferty zaznaczył punkcie 8, że zaleca korzystanie ze wzorów przygotowanych dokumentów ale wykonawca może złożyć ofertę na swoich formularzach tylko mają one zawierać wszystkie informacje określone przez Zamawiającego w przygotowanych wzorach. W ocenie Izby potwierdza to, że wykonawca mógł sporządzić własny formularz zawierający dane ze wzoru oraz te wymagane SIWZ, jak właśnie wskazane w punkcie 4.7 OPZ (Wykonawca zobowiązany jest do wskazania w ofercie instalacji komunalnych, do których będzie przekazywał odebrane od właścicieli nieruchomości odpady komunalne).

Bez znaczenia pozostaje również niewyartykułowanie potrzeby czy oczekiwania Zamawiającego, które nie mogą zostać ocenione. Zamawiający, tak samo jak i wykonawcy, zobowiązany jest do oceny złożonej oferty zgodnie z wymaganiami jakie sam określił, niedopuszczalne jest dokonywanie jakichkolwiek modyfikacji wymagań określonych w SIWZ po etapie składania ofert. Zamawiający podał, że brak informacji o miejscu instalacji

przetwarzania odpadów nie uniemożliwiło i nie miało wpływu na dokonanie wyboru oferty przez zamawiającego, co w ocenie Izby jest stwierdzeniem nieprawidłowym i niezgodnym z przepisami. Zamawiający określając wymagania nie może na etapie oceny ofert odstąpić od ich sprawdzenia co do spełnienia przez wykonawcę i oceny w tym zakresie. Odstąpienie przez Zamawiającego od wymagań, które sam określił, powoduje, że dochodzi do naruszenia zasad postępowania oraz transparentności tego postępowania o udzielenie zamówienia publicznego.

W ocenie Izby Zamawiający naruszył art. 89 ust. 1 pkt 2 ustawy przez zaniechanie odrzucenia oferty wykonawcy Rejonowe Przedsiębiorstwo Komunalne spółka z ograniczoną odpowiedzialnością z siedzibą w Złotoryi, która nie odpowiadała przedmiotowi zamówienia

opisanego w SIWZ.

W zakresie zarzutu (1) naruszenia art. 90 ust. 1 w zw. z art. 7 ust. 1 i 3 ustawy w zw. z art. 89 ust. 1 pkt 4 oraz 90 ust. 3 ustawy z art. 6d. ust. 4 pkt 5 ustawy o utrzymaniu czystości i porządku w gminach oraz art. 90 ust. 1a pkt 1 ustawy w zw. z art. 32 ust. 1 ustawy, art. 34, art. 35 ust. 1 i 2 ustawy - w związku z art. 180 ust. 2 pkt 6 ustawy przez wybór oferty, która nie była ofertą najkorzystniejszą z powodu zaniechania wezwania wykonawcy RPK do złożenia wyjaśnień czy zaoferowana przez niego cena jest ceną rażąco niską lub istotne części składowe są rażąco niskie w stosunku do przedmiotu zamówienia mimo, że cena ofertowa ww. wykonawcy powinna wzbudzić wątpliwości Zamawiającego, w szczególności dlatego, że zaoferowane ceny są istotnie niższe niż wykonawca oferuje własnej gminie właścicielskiej (Gminie Miejskiej Złotoryja), rażąco odbiega od cen drugiej oferty, rażąco odbiega od cen usług, z których zamawiający korzystał w ostatnich latach, zaoferowana cena jest o więcej niż 30% niższa niż prawidłowo oszacowana wartość przedmiotu zamówienia, instalacja komunalna, która będzie dokonywać zagospodarowania odpadów wbrew wymogowi z art. 6d. ust. 4 pkt 5 ustawy o utrzymaniu czystości i porządku w gminie nie jest znana, co skutkuje brakiem możliwości przedstawienia wiarygodnych wyjaśnień co do ceny, w tym jednym z podstawowych elementów cenotwórczych tj. kosztów transportu odpadów i uniemożliwia prawidłowe skalkulowanie ceny ofertowej co z kolei powinno prowadzić do odrzucenia oferty ww. wykonawcy - Izba uznała zarzut za niezasadny.

W pierwszej kolejności Izba ustaliła, że Zamawiający w przedmiotowym postępowaniu o udzielenie zamówienia publicznego nie prowadził procedury w trybie art. 90 ustawy tj. wyjaśnienia dotyczącego wyliczenia ceny lub kosztu ofert, tym samym za niezasadne Izba uznała zarzuty naruszenia art. 89 ust. 1 pkt 4 ustawy oraz art. 90 ust. 3 ustawy, które to podstawy prawne stanowią podstawę odrzucenia oferty dopiero w przypadku, gdy Zamawiający przeprowadził procedurę wyjaśnienia dotyczącą wyliczenia ceny oferty. Jest to stanowisko ugruntowane w orzecznictwie Izby oraz sądów powszechnych jak i orzecznictwie europejskim. Podstawą odrzucenia oferty w oparciu o powyżej wskazane podstawy prawne jest czynność, która jest czynnością następczą wykonaną w związku z dokonaną przez Zamawiającego oceną złożonych wyjaśnień prowadzonych w ramach art. 90 ust. 1 ustawy.

Izba ustaliła, że Zamawiający w Rozdziale XII - opis sposobu obliczenia ceny wskazał:

1. Obliczenia ceny dokonuje Wykonawca wypełniając Wykaz Cen stanowiący załącznik nr 2a do SIWZ 2. Na podstawie zaoferowanych cen jednostkowych i szacunkowych ilości odpadów komunalnych wskazanych w załączniku nr 2a do SIWZ, Wykonawca obliczy wartość netto i brutto dla każdej pozycji. Suma wartości netto wszystkich pozycji stanowi cenę oferty, którą wykonawca wpisze do Formularza ofertowego, stanowiącego załącznik nr 2 do SIWZ. 3. Ceny jednostkowe podane przez wykonawcę powinny uwzględniać wszystkie elementy cenotwórcze, w tym zysk wykonawcy, oraz inne koszty (w tym opłaty handlowe) związane z realizacją przedmiotu zamówienia, określonego w niniejszej specyfikacji.

Izba w ocenie zarzutu wskazuje, że:

Odwolujący zarzucił Zamawiającemu, że nie wezwał wykonawcy Rejonowe Przedsiębiorstwo Komunalne spółka z ograniczoną odpowiedzialnością z siedzibą w Złotoryi (dalej RPK) do złożenia wyjaśnień czym naruszył art. 90 ust. 1 ustawy. Izba wskazuje, że zgodnie z wymienionym przepisem jeżeli zaoferowana cena lub koszt, lub ich istotne części składowe, wydają się rażąco niskie w stosunku do przedmiotu zamówienia i budzą wątpliwości Zamawiającego co do możliwości wykonania przedmiotu zamówienia zgodnie z wymaganiami określonymi przez Zamawiającego lub wynikającymi z odrębnych przepisów, zamawiający zwraca się o udzielenie wyjaśnień, w tym złożenie dowodów, dotyczących wyliczenia ceny lub kosztu, w szczególności w zakresie: 1) oszczędności metody wykonania zamówienia, wybranych rozwiązań technicznych, wyjątkowo sprzyjających warunków wykonywania zamówienia dostępnych dla wykonawcy, oryginalności projektu wykonawcy, kosztów pracy, których wartość przyjęta do ustalenia ceny nie może być niższa od minimalnego wynagrodzenia za pracę albo minimalnej stawki godzinowej, ustalonych na podstawie przepisów ustawy z dnia 10 października 2002 r. o minimalnym wynagrodzeniu za pracę (Dz. U. z 2018 r. poz. 2177); 2) pomocy publicznej udzielonej na podstawie odrębnych przepisów; 3) wynikającym z przepisów prawa pracy i przepisów o zabezpieczeniu społecznym, obowiązujących w miejscu, w którym realizowane jest zamówienie; 4)

wynikającym z przepisów prawa ochrony środowiska; 5) powierzenia wykonania części zamówienia podwykonawcy.

Izba zaznacza, że katalog elementów podlegających wyjaśnieniu jest katalogiem otwartym co ma istotne znaczenie również dla argumentacji jaką powinien budować Odwołujący podnoszą naruszenia niezastosowania procedury za art. 90 ust. 1 ustawy.

W tym miejscu koniecznym jest odniesienie się do kwestii konstrukcji zarzutów odwołania podniesionych przez Odwołującego oraz poczynionej argumentacji w odwołaniu jak również na rozprawie.

Mając na uwadze treść podnoszonego przez Odwołującego art. 90 ust. 1a pkt 1 ustawy w przypadku, gdy cena całkowita oferty jest niższa o co najmniej 30% od wartości zamówienia powiększonej o należny podatek od towarów i usług, ustalonej przed wszczęciem postępowania zgodnie z art. 35 ust. 1 i 2 lub średniej arytmetycznej cen wszystkich złożonych ofert, Zamawiający zwraca się o udzielenie wyjaśnień, o których mowa w ust. 1 powołanego wyżej przepisu, chyba że rozbieżność wynika z okoliczności oczywistych, które nie wymagają wyjaśnienia. Treść przepisu wskazuje w sposób oczywisty i jednoznaczny, że zasadą, czyli nałożonym na Zamawiającego obowiązkiem, jest każdorazowe wzywanie wykonawcy do złożenia wyjaśnień dotyczących wyliczenia ceny lub kosztu oferty, w przypadkach, gdy cena tej oferty jest niższa o co najmniej 30 % od wartości zamówienia lub średniej arytmetycznej cen wszystkich złożonych w postępowaniu ofert. Taka regulacja przepisu, nakładająca na Zamawiającego skonkretyzowany obowiązek wynikający jedynie z arytmetyki i nie tworzy domniemania zaistnienia rażąco niskiej ceny. W orzecznictwie podkreśla się również, że procedura wezwania do złożenia wyjaśnień z art. 90 ust. 1a pkt 1 ustawy stanowi obowiązek Zamawiającego, z jednym wskazanym przez ustawodawcę wyjątkiem. Nadmienić należy również, że zgodnie z art. 90 ust. 1 ustawy Zamawiający zawsze, gdy uzna, że zaoferowana cena lub koszt, lub ich istotne części składowe, wydają się rażąco niskie w stosunku do przedmiotu zamówienia i budzą jego wątpliwości co do możliwości wykonania przedmiotu zamówienia zgodnie z wymaganiami określonymi przez Zamawiającego lub wynikającymi z odrębnych przepisów, może zwrócić się do wykonawcy o udzielenie wyjaśnień w tym zakresie. Regulacja ta jest zasadna, bowiem należyte i poprawne prowadzenie postępowania o udzielenie zamówienia publicznego przez Zamawiającego jest jego obowiązkiem, a znajduje również uzasadnienie w orzecznictwie Izby, gdzie pogląd ten wydaje się być ugruntowany. Jednocześnie należy mieć na uwadze, że cena oferty ma wydawać się Zamawiającemu rażąco niska i budzić wątpliwości Zamawiającego, aby wzywał on do złożenia wyjaśnień. Zaznaczyć należy, że każdorazowo to Zamawiający rozważa czy zachodzą podstawy do żądania tychże wyjaśnień, a obowiązek taki zachodzi po stronie Zamawiającego dopiero wówczas, gdy Zamawiający poweźmie wątpliwość co do tego, czy cena nie jest rażąco niska (porównaj: Wyrok SO w Katowicach z dnia 30 stycznia 2007 r. sygn. akt XIX Ga 3/07). Zamawiający samodzielnie decyduje, czy zwrócić się do wykonawcy o wyjaśnienia w konkretnej sytuacji, należy pamiętać, że Zamawiającemu musi „wydawać się”, że zaoferowana cena jest rażąco niska i jednocześnie musi budzić wątpliwość Zamawiającego co do prawidłowości wykonania przedmiotu zamówienia za tą zaoferowaną cenę. Pierwszą z przesłanek należy rozpatrywać w kontekście uprawnienia Zamawiającego, jednakże uprawnienia z którego Zamawiający nie może korzystać swobodnie i które musi odnosić do danego postępowania o zamówienie rozpoznawanego w danych realiach rynkowych, to nie może „wydawać się” Zamawiającemu pozornie co do istnienia bądź pozornie nie „wydawać się”. Pierwsza z przesłanek stanowiących podstawę zwrócenia się Zamawiającego do wykonawcy o złożenie wyjaśnień, w tym dowodów, w zakresie zaoferowanej ceny oferty zaistnieć musi wespół z drugą przesłanką tj. zaoferowana cena musi budzić wątpliwości Zamawiającego tzn.: że zamówienie nie zostanie wykonane zgodnie z przedmiotem tego zamówienia wskazanym w SIWZ, że zamówienie nie zostanie wykonane zgodnie z bezwzględnie obowiązującymi przepisami prawa jak również że zamówienie nie zostanie wykonane zgodnie z zasadami sztuki zawodowej np.: przy użyciu odpowiednich nakładów sprzętowych, osobowych, czasowych z zachowaniem określonych standardów. Izba wskazuje, że na podstawie art. 190 ust. 1 ustawy - Odwołujący powinien był wykazać spełnienie wcześniej opisanych przesłanek, dowieść, że cena powinna wydawać się rażąco niska Zamawiającemu i budzić jego wątpliwości.

Mając na uwadze powyższą argumentację, w przypadku, gdy Odwołujący kwestionuje zaniechanie wezwania do złożenia wyjaśnień powinien był wykazać (podjąć próbę) w odwołaniu, że okoliczności te zaszyły. W ocenie Izby Odwołujący w złożonym odwołaniu poczynił jedynie ogólną argumentację odnoszącą się hasłowo do poszczególnych elementów takich jak nieuwzględnienie w kalkulacji kosztów transportu z uwagi na brak wskazania instalacji przez Zamawiającego oraz to, że najdalsza możliwa instalacja możliwa z uwagi na inne postępowanie oddalona jest o 71 km. Zaoferowanie innych cen przez RPK w umowie dla Gminy Miejskiej Zatoryje oraz wskazanie ogólne, że ceny za odbiór i transport odpadów

zmieszanych, tworzyw sztucznych i metali jak również odpadów BIO w ofercie wykonawcy RPK są prawie dwukrotnie wyższe niż w drugiej ofercie (fragment odwołania). Odwołujący argumentacji tej w żaden sposób nie uszczegółowił, nie rozbudował poprzestając na ogólnikowych stwierdzeniach i hasłowym odnoszeniu do treści obowiązujących przepisów oraz funkcjonującej wykładni w orzecznictwie.

Izba podkreśla, że Wykonawca składając odwołanie w postępowaniu zobowiązany jest do przedstawienia w odwołaniu zarzutów odwołania. Izba wskazuje, że w ramach środków ochrony prawnej następuje - w zakresie wyznaczonym treścią zarzutów odwołania - kontrola poprawności działania Zamawiającego (podejmowanych przez niego czynności w postępowaniu bądź bezprawnych zaniechań), pod względem zgodności z przepisami ustawy. Zakres rozstrzygnięcia - zgodnie z art. 192 ust. 7 ustawy wyznacza treść odwołania - kwestionowana w nim czynność, oraz przede wszystkim podniesione zarzuty. Zgodnie z treścią tego przepisu, Izba nie może orzekać co do zarzutów, które nie były zawarte w odwołaniu. Zgodnie z treścią art. 180 ust. 3 ustawy (analogicznie stanowi § 4 rozporządzenia Prezesa Rady Ministrów z 22 marca 2010 r. w sprawie regulaminu postępowania przy rozpatrywaniu odwołań), odwołanie powinno wskazywać czynność lub zaniechanie czynności Zamawiającego, której zarzuca się niezgodność z przepisami ustawy, zawierać zwięzłe przedstawienie zarzutów, określać żądanie oraz wskazywać okoliczności faktyczne i prawne uzasadniające wniesienie odwołania.

Odwołanie powinno wyrażać zastrzeżenia wobec dokonanych przez Zamawiającego czynności lub zaniechań, co oznacza obowiązek zaprezentowania przez Odwołującego nie tylko podstawy prawnej takich zastrzeżeń, ale przede wszystkim argumentacji odnoszącej się postulowanej oceny. Oznacza to zatem konieczność odniesienia się do elementów stanu faktycznego, jak również podjętych czynności lub zaniechań Zamawiającego w taki sposób, który pozwoli na uznanie, że podniesione zostały konkretne i uzasadnione faktycznie zarzuty wobec tych czynności lub zaniechań przypisanych Zamawiającemu. Powyższe wskazuje jednoznacznie, że odwołanie powinno konkretyzować wskazane naruszenie danego przepisu ustawy oraz zawierać uzasadnienie wskazujące argumentację faktyczną pozwalającą na zapoznanie się ze stanowiskiem Odwołującego, jego twierdzeniami i przyczynami, dla których twierdzi, że takie stanowisko zasługuje na aprobatę. Orzecznictwo sądów powszechnych jak również Krajowej Izby Odwoławczej wskazuje na potrzebę ścisłego odczytywania treści zarzutu, w tym przede wszystkim niedopuszczalność wykraczania poza jego treść. Jak wskazano w uzasadnieniu wyroku Sądu Okręgowego w Gliwicach z 29 czerwca 2009 r. w spr. X Ga 110/09, „Jeśli więc strona nie odwołuje się do konkretnych okoliczności faktycznych to skład orzekający nie może samodzielnie ich wprowadzić do postępowania tylko dlatego, że można je przyporządkować określonej, wskazanej w odwołaniu kwalifikacji prawnej.” Na potrzebę ścisłego traktowania pojęcia zarzutu wskazał również Sąd Okręgowy w Rzeszowie w uzasadnieniu wyroku z dnia 18 kwietnia 2012 r. w spr. o sygn. I Ca 117/12: „Z analizy powyższych przepisów można wyciągnąć dwa zasadnicze wnioski dla niniejszej sprawy. Po pierwsze, zarówno granice rozpoznania sprawy przez KIO jak i Sąd są ściśle określone przez zarzuty odwołania, oparte na konkretnej i precyzyjnej podstawie faktycznej. Sąd w postępowaniu toczącym się na skutek wniesienia skargi jest związany podniesionymi w odwołaniu zarzutami i wyznaczonymi przez nie granicami zaskarżenia.” W orzecznictwie Krajowej Izby Odwoławczej również ugruntowany jest pogląd, że dla oceny zarzutu kluczowe znaczenie ma podanie w treści odwołania uzasadnienia faktycznego, wyczerpującego i zawierającego argumentację pozwalającą na ocenę poprawności zachowań (czynności, zaniechań) Zamawiającego, które kwestionuje we wniesionym odwołaniu Odwołujący. W orzecznictwie Sądu Najwyższego wskazuje się również, że „powód nie jest obowiązany do wskazania w pozwie podstawy prawnej swego roszczenia. „Zgodnie z zasadą *da mihi factum, dabo tibi ius* - wynikającą w polskim prawie procesowym z nałożenia na powoda jedynie obowiązku przytoczenia okoliczności faktycznych uzasadniających żądanie - konstrukcja prawna podstawy rozstrzygnięcia należy do sądu.” (wyrok Sądu Najwyższego z dnia 26 czerwca 1997 roku sygn. akt I CKN 130/97). Sąd Najwyższy podkreśla w swoim orzecznictwie, że obligatoryjnym elementem pozwu jest przytoczenie okoliczności faktycznych uzasadniających żądanie pozwu (art. 187 par. 1 ust. 2 KPC), okoliczności te stanowią podstawę faktyczną powództwa (*causa petendi*) - tak Sąd Najwyższy w wyroku z dnia 2 maja 1957 roku sygn. akt II CR 305/57. W orzecznictwie Krajowej Izby Odwoławczej również ugruntowany jest pogląd, że o prawidłowości konstrukcji zarzutu odwołania nie może przesądzać kwalifikacja prawna zaskarżonej czynności, ponieważ ostatecznie to do Izby należy subsumcja stanu faktycznego pod określoną normę prawną, natomiast kluczowe znaczenie ma podanie w treści odwołania uzasadnienia faktycznego, wyczerpującego i zawierającego argumentację pozwalającą na ocenę poprawności zachowań (czynności, zaniechań) Zamawiającego, które kwestionuje we wniesionym odwołaniu Odwołujący.

Izba wskazuje, że poczyniona przez Odwołującego w części odwołania zawierającej uzasadnienie, a odnoszącej się do rozpoznawanego zarzutu argumentacja faktyczna jest ogólna i nie odnoszącą się do żadnych konkretów. Jak już wyżej wskazała Izba poczyniona argumentacja nie daje żadnej podstawy do uznania, że stanowisko Odwołującego jest zasadne, a co za tym idzie zarzut można uwzględnić. Brak jest bowiem faktycznych, jednoznacznych i dokładnych argumentów, które dowodziłyby, że Zamawiający winien był mieć wątpliwości co do możliwości wykonania przedmiotu zamówienia za zaoferowaną cenę zgodnie z wymaganiami Zamawiającego, a cena wydaje się rażąco niska w stosunku do przedmiotu zamówienia. Odwołujący w ogóle pomija odniesienie do przedmiotu zamówienia realizowanego w ramach tego konkretnego postępowania o udzielenie zamówienia publicznego oraz konieczność wykazania właśnie tych przesłanek.

Odwołujący przedstawiając okoliczności faktyczne pominął w odwołaniu kwestię Załącznika nr 2a do SIWZ - wykaz cen, do którego argumentację oraz dowody przedstawił dopiero na etapie rozprawy. Informacje do których się odnosił w trakcie rozprawy, argumentacją jaką przedstawił, a za tym dowody jakie podnosił znane były wykonawcy zapewne wcześniej tj. przed złożeniem odwołania, ponieważ wiele z tych dokumentów (dowodów) wytworzona była wcześniej jak np. Uchwała z nr 1 z dnia 22 listopada 2019 roku (przy dowodzie nr 5), nawet w 2017 roku (dowód nr 4).

Analizy (dowód nr 5 i 7) jakie zostały przedstawione w trakcie rozprawy, a także argumentacja faktyczna jaka była w oparciu o nie budowana odnosiła się do danych wynikających z załącznika nr 2a oferty RPK oraz zawartych wcześniej umów przez Odwołującego. W ocenie Izby argumentacja podnoszona przez Odwołującego oparta na tych dokumentach stanowi, jak w przypadku i pozostałych dowodów, rozszerzenie argumentacji zawartej w odwołaniu. Odwołujący ogólnie w odwołaniu wskazał na ceny za odbiór

i transport odpadów zmieszanych, tworzyw sztucznych i metali jak również odpadów BIO w ofercie wykonawcy RPK są prawie dwukrotnie wyższe niż w drugiej ofercie (fragment odwołania) jednakże dopiero na etapie odwołania przedstawia argumentację, która zawiera faktyczne uzasadnienie jego stanowiska.

Powołując tą ogólną argumentację, a w trakcie rozprawy przedstawiając faktyczne uzasadnienie Odwołujący w ocenie Izby dopiero na etapie rozprawy sprecyzował, uzasadnił faktycznie swoje stanowisko.

Wskazanie w odwołaniu ogólnych stwierdzeń nie może zostać uznane za zasadne postawienie zarzutów odwołania. W przypadku argumentacji odnoszącej się do nieuwzględnienia w kalkulacji ceny kosztów dojazdów również analiza (dowód nr 7) i stanowisko Odwołującego w tej części zostało uszczegółowione i sprecyzowane na rozprawie. Samo odniesienie się do stwierdzenia, że dane koszty nie zostały ujęte w kalkulacji ceny jest niewystarczające aby można uznać zarzut za zasadny. Jednocześnie należy mieć na uwadze, że Odwołujący obowiązany był do wykazania zaistnienia przesłanek z art. 90 ust.1 ustawy, a odnoszących się w szczególności do tego, że to po stronie Zamawiającego istniały podstawy do stwierdzenia zaistnienia tych przesłanek w odniesieniu do realizacji tego konkretnego przedmiotu zamówienia. Odniesienie się przez Odwołującego do innych postępowań, w tym w ogóle w odwołaniu nie zaznaczonych (zamówienie dla Gminy Mściwojów, dowód nr 6) - (dowód nr 1, 2, 3, 6), stanowi pewnego rodzaju zobrazowanie, które pozwala na określenie cen w innych postępowaniach i tyle właśnie dowodzi. Natomiast to na etapie odwołania wykonawca powinien był to precyzyjnie wyjaśnić jakie ma znaczenie dla realizacji przedmiotowego zamówienia, jak wpływa na to zamówienie oraz w jaki sposób powinno to determinować przekonania Zamawiającego o wątpliwościach co do poziomu zaoferowanych cen.

W ocenie Izby przedstawiona na rozprawie przez Odwołującego argumentacja w tym oparta na dowodach stanowi nową, niezawartą w odwołaniu argumentację, uzasadnienie faktyczne podniesionych we wstępnej części odwołania naruszeń przepisów. Zaznaczyć należy, że to właśnie argumentacja faktyczna, czyli merytoryczna argumentacja odnosząca się do istoty sprawy stanowi uzasadnienie faktyczne podnoszonych naruszeń w zakresie poszczególnych przepisów, w sumie tworząc zarzuty odwołania. Przedstawienie dopiero na rozprawie danej argumentacji faktycznej - czy to do protokołu, czy też w piśmie procesowym stanowi w zasadzie zbudowanie nowego zarzutu, nie sposób bowiem uznać przedstawionych przez Odwołującego w ww. argumentacji za uzasadnienie wcześniej wykazanych i wywiedzionych w odwołaniu naruszeń, lecz w istocie jest to dopiero przedstawiona argumentacja Odwołującego.

Uznanie argumentacji Odwołującego przedstawionej na rozprawie w ocenie Izby prowadziłoby do przywrócenia Odwołującemu terminu na przedstawienie zarzutów (uzasadnienia faktycznego podniesionego naruszenia prawa), co jest niedopuszczalne w świetle obowiązujących przepisów, bowiem termin na wniesienie odwołania jest nieprzywracalny.

Podkreślić należy, że to Odwołujący wyznacza zakres rozpoznania sprawy, składając odpowiedni wniosek o charakterze dyspozytywnym (na gruncie postępowania cywilnego - pozew, lub wniosek w postępowaniu nieprocesowym, a w postępowaniu przed Krajową Izbą Odwoławczą - odwołanie). Ten wniosek rozpoczynający spór między stronami wyznacza zakres rozstrzygnięcia postępowania, zakreśla jego ramy, wskazując zarazem intencje Odwołującego. Poznanie pełnej, właściwej treści zarzutów, żądań, okoliczności faktycznych i prawnych oraz załączonych dowodów zawartych w odwołaniu złożonym w terminie określonym przez prawo, pozwala na prawidłową ocenę wskazywanych uchybień, które w takich okolicznościach można traktować jako zarzut odwołania.

W odniesieniu do argumentacji odnoszącej się do szacowania wartości zamówienia słusznie dostrzegł sam Odwołujący, że nie podlega ono zaskarżeniu w ramach środków ochrony prawnej. Należy mieć na uwadze, że wartość zamówienia została przez Zamawiającego oszacowana w dniu 8 czerwca 2020 roku, co wynika z Notatki służbowej zamieszczonej w dokumentacji postępowania o udzielenie zamówienia publicznego oraz tej samej notatki załączonej do odpowiedzi na odwołanie. Ogłoszenie o zamówieniu zostało natomiast opublikowane w Biuletynie Zamówień Publicznych w dniu 10 czerwca 2020 roku. Zostało zamieszczone również w Protokole postępowania. W aktach sprawy, w dokumentacji postępowania brak jest jakiegokolwiek informacji odnoszącej się do próby uzyskania przez Odwołującego informacji o szacunkowej wartości zamówienia po ogłoszeniu postępowania o udzielenie zamówienia publicznego. Brak jest również jakiegokolwiek informacji o podjętych przez Odwołującego w trybie art. 181 ust. 1 ustawy czynnościach.

W ocenie Izby nie znajduje uzasadnienia podnoszona w odwołaniu argumentacja odnosząca się do szacowania wartości zamówienia, która jak twierdził Odwołujący sprowadzałaby się do konieczności wezwania RPK do złożenia wyjaśnień w trybie art. 90 ust. 1 ustawy.

Izba uznała, że w zakresie podniesionego zarzutu nr 2 Odwołujący nie wykazał zasadności podnoszonych naruszeń, nie wykazał w odwołaniu zaistnienia podstaw do nakazania Zamawiającemu wezwania wykonawcy RPK do składania wyjaśnień w trybie art. 90 ust. 1 ustawy. Izba stwierdziła także, że argumentacja podniesiona w trakcie rozprawy stanowi nowe, niezawarte w odwołaniu uzasadnienie faktyczne podnoszonych naruszeń i w tym zakresie nie poddała tego pod ocenę z uwagi na uchybienie terminowi do postawienia zarzutów odwołania.

W zakresie zarzutu (2) naruszenia art. 89 ust. 1 pkt 3 ustawy w zw. z art. 15 ust. 1 p. 1) ustawy o zwalczaniu nieuczciwej konkurencji w związku z art. 180 ust. 2 pkt 6 przez wybór oferty, która nie była ofertą najkorzystniejszą z powodu zaniechania odrzucenia oferty wykonawcy RPK, która stanowiła czyn nieuczciwej konkurencji w rozumieniu przepisów o zwalczaniu nieuczciwej konkurencji, co powinno powodować jej odrzucenie - Izba uznała zarzut za zasadny.

Izba wskazuje, że podstawą odrzucenia oferty w oparciu o art. 89 ust. 1 pkt 3 ustawy jest naruszenie zasady konkurencji, które prowadzi do utrudnienia dostępu do rynku innym przedsiębiorcą. Zarzut naruszenia przez wykonawcę w postępowaniu o udzielenie zamówienia zasad konkurencji musi zostać udowodniony i skonkretyzowany przez Odwołującego przez przytoczenie konkretnego przepisu ustawy o zwalczaniu nieuczciwej konkurencji. Odwołujący powołał się w zarzucie na art. 15 ust. 1 pkt 1 ustawy z dnia 16 kwietnia 1993 r. o zwalczaniu nieuczciwej konkurencji. Jednakże Odwołujący nie powołał żadnych konkretnych okoliczności faktycznych, w zasadzie zarzutu tego nie uzasadnił. Argumentacja zawarta w odwołaniu w zakresie uzasadnienia zarzutu nr 1 i 2 odwołania nie zawiera stanowiska Odwołującego w zakresie podnoszonego naruszenia ww. przepisów. Odwołujący nie wykazał, że działania uczestnika postępowania odwoławczego miały na celu eliminację Odwołującego.

Zgodnie z brzmieniem przepisu art. 192 ust 2 ustawy Prawo zamówień publicznych

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 postępowania odwoławczego przedstawione na rozprawie oraz w pismach procesowych stwierdziła, że odwołanie jest zasadne.

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 zm.).

Przewodniczący: