Sygn. akt KIO 477/21

WYROK
z dnia 17 marca 2021 r.

Krajowa Izba Odwoławcza – w składzie:
Przewodniczący: **Marek Koleśnikow**
Protokolant:Aldona Karpińska

po rozpoznaniu na rozprawie w dniu 16 marca 2021 r. w Warszawie odwołania wniesionego do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej w dniu 15 lutego 2021 r. przez wykonawcę **ENERIS Surowce Spółka Akcyjna z siedzibą w Kielcach, ul. Zagnańska 232a, 25-563 Kielce**
w postępowaniu prowadzonym przez zamawiającego **Gmina Iłów, ul. Płocka 2, 96-520 Iłów**
przy udziale wykonawcy **EKO-MAZ Spółka z ograniczoną odpowiedzialnością z siedzibą w Płocku, ul. Gierzyńskiego 17, 09-407 Płock** zgłaszającego swoje przystąpienie do postępowania odwoławczego po stronie **zamawiającego**

orzeka:

1.Oddala odwołanie.

#x200e2. Kosztami postępowania obciąża odwołującego wykonawcę **ENERIS Surowce Spółka Akcyjna z siedzibą w Kielcach, ul. Zagnańska 232a, 25-563 Kielce** i:

2.1)zalicza w poczet kosztów postępowania odwoławczego kwotę 15 000 zł 00 gr (słownie: piętnaście tysięcy złotych zero groszy) uiszczoną przez wykonawcę **ENERIS Surowce Spółka Akcyjna z siedzibą w Kielcach, ul. Zagnańska 232a, 25-563 Kielce** tytułem wpisu od odwołania;

2.2)zasądza od wykonawcy **ENERIS Surowce Spółka Akcyjna z siedzibą w Kielcach, ul. Zagnańska 232a, 25-563 Kielce** na rzecz zamawiającego **Gmina Iłów, ul. Płocka 2, 96-520 Iłów** kwotę 3 600 zł 00 gr (słownie: trzy tysiące sześćset złotych zero groszy) tytułem zwrotu kosztów zamawiającego poniesionych w związku z wynagrodzeniem pełnomocnika.

Stosownie do art. 580 ust. 1 i 2 ustawy z dnia 11 września 2019 r. – Prawo zamówień publicznych (Dz. U. poz. 2019 oraz z 2020 r. poz. 288, 875, 1492, 1517, 2275, 2320)
w związku z art. 92 ust. 1 ustawy z dnia 11 września 2019 r. – Przepisy wprowadzające ustawę – Prawo zamówień publicznych (Dz. U. poz. 2020 oraz z 2020 r. poz. 1086) na niniejszy wyrok – w terminie 14 dni od dnia jego doręczenia – przysługuje skarga za pośrednictwem Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej do Sądu Okręgowego w Warszawie.

Przewodniczący:……

Sygn. akt KIO 477/21

U z a s a d n i e n i e

Zamawiający Gmina Iłów, ul. Płocka 2, 96-520 Iłów [dalej zamawiający] wszczął postępowanie na usługi w trybie przetargu nieograniczonego pod nazwą »Odbieranie i zagospodarowanie odpadów komunalnych z nieruchomości zamieszkałych na terenie Gminy Iłów w 2021 r., a także z Punktu Selektywnego Zbierania Odpadów Komunalnych wskazanego przez zamawiającego«.

09.12.2020 r. zostało opublikowane ogłoszenie o zamówieniu w Dzienniku Urzędowym Unii Europejskiej pod nrem 2020/S 240593864.

Postępowanie jest prowadzone zgodnie z przepisami ustawy z dnia 29 stycznia 2004 r. – Prawo zamówień publicznych (Dz. U. z 2019 r. poz. 1843 oraz z 2020 r. poz. 1086) [dalej SPzp] i, w zakresie środków ochrony prawnej, zgodnie z przepisami ustawy z dnia 11 września 2019 r. – Prawo zamówień publicznych (Dz. U. poz. 2019 oraz z 2020 r. poz. 288, 875, 1492, 1517, 2275 i 2320) [dalej NPzp] na podstawie art. 92 ustawy z dnia 11 września 2019 r. – Przepisy wprowadzające ustawę – Prawo zamówień publicznych (Dz. U. poz. 2020 oraz z 2020 r. poz. 1086).

05.02.2021 r. zamawiający poinformował o wyborze najkorzystniejszej oferty wykonawcy EKOMAZ Spółka z ograniczoną odpowiedzialnością z siedzibą w Płocku (dalej wykonawca EK).

15.02.2021 r. wykonawca ENERIS Surowce Spółka Akcyjna z siedzibą w Kielcach, zgodnie z art. 515 ust. 1 pkt 1 lit. a NPzp, wniósł do Prezesa KIO odwołanie [dalej odwołujący].

Odwołujący sformułował zarzut naruszenia przez zamawiającego:

1)art. 8 ust. 3 w zw. z art. 8 ust. 1 SPzp przez zaniechanie ujawnienia informacji zastrzeżonych przez wykonawcę EK jako tajemnica przedsiębiorstwa tj. „Instalacje, do których będą przekazywane wszystkie odebrane odpady w ramach realizacji zamówienia";

2)art. 89 ust. 1 pkt 6 SPzp przez zaniechanie odrzucenia wykonawcy EK, pomimo tego, że wykonawca EK popełnił błąd w obliczeniu ceny;

zarzut ewentualny:

2a)art. 90 ust. 1 SPzp przez zaniechanie wezwania wykonawcy EK do złożenia wyjaśnień w tym złożenie dowodów, dotyczących wyliczenia ceny,

zarzut ewentualny w razie uznania, że wezwanie z 22.01.2021 r. należy potraktować jako wezwania do złożenia wyjaśnień w trybie art. 90 ust. 1 SPzp:

2b)art. 90 ust. 3 SPzp przez zaniechanie odrzucenia oferty wykonawcy EK pomimo tego, że złożone przez wykonawcę EK wyjaśnienia nie zawierają kalkulacji ceny oferty ani innych konkretnych informacji oraz dowodów wyjaśniających, że cena oferty nie jest rażąco niska;

3)art. 26 ust. 3 SPzp przez zaniechanie wezwania wykonawcy EK do uzupełnienia dokumentów potwierdzających spełniania warunku zdolności technicznych i zawodowych dotyczącego doświadczenia wykonawcy EK;

4)art. 91 ust. 1 SPzp przez dokonanie wyboru jako najkorzystniejszej oferty, złożonej przez wykonawcę EK, który nie został właściwie zbadany pod kątem spełniania warunków i braku postaw wykluczenia oraz rażąco niskiej ceny [RNC].

Odwołujący wniósł o nakazanie zamawiającemu:

1)unieważnienia czynności wyboru oferty wykonawcy EK jako najkorzystniejszej;

2)udostępnienia dokumentów zastrzeżonych nieskutecznie przez wykonawcę EK jako tajemnica przedsiębiorstwa;

3)odrzucenia oferty wykonawcy EK

ewentualnie

3a)wezwania wykonawcy EK do wyjaśnień rażąco niskiej ceny;

4)dokonanie powtórzenia czynności badania i oceny ofert.

Argumentacja odwołującego

W ocenie odwołującego wypełnione zostały przesłanki dla wniesienia odwołania określone w art. 505 ust. 1 NPzp, tj. posiadanie przez odwołującego interesu w uzyskaniu danego zamówienia oraz możliwości poniesienia szkody w wyniku naruszenia przez zamawiającego przepisów SPzp.

W postępowaniu złożono 2 oferty. Oferta odwołującego uplasowała się na drugiej pozycji w rankingu ofert. Zamawiający dokonał wyboru oferty wykonawcy EK, który w ocenie odwołującego podlega odrzuceniu. Działania zamawiającego polegające na wyborze oferty wykonawcy EK pozbawiają odwołującego możliwości uzyskania zamówienia, przez co może on ponieść szkodę. Gdyby nawet uznać, że oferta nie podlega odrzuceniu to zaniechania w postaci braku wezwania wykonawcy EK do złożenia wyjaśnień i uzupełnienia dokumentów powoduje, że jej wybór jest wadliwy.

Również naruszenie zasady jawności postępowania, w tym prawa wglądu do pełnej treści oferty wykonawcy EK i dokumentacji (co do których wykonawca EK nie wykazał, że stanowią one tajemnicę przedsiębiorstwa) powoduje uszczerbek prawny w uzyskaniu zamówienia lub zagraża jego powstaniem. Jest to równoznaczne z występowaniem interesu do zaskarżenia takich czynności lub zaniecham.

7.01.2021 r. odwołujący zwrócił się do zamawiającego z wnioskiem o udostępnienie oferty wykonawcy EK oraz korespondencji prowadzanej pomiędzy zamawiającym a wykonawcą EK.

8.01.2021 r. zamawiający przesłał ofertę wykonawcy EK oraz JEDZ, a także pismo, z którego wynika, że: »Zamawiający udostępnia protokół wraz załącznikami według stanu na 8.01.2021 r. godz. 15:00 zgodnie z wnioskiem tj.:

1)przesyła ofertę wraz załącznikami przesłaną przez wykonawcę EK;

2)zamawiający w toku postępowania nie prowadził korespondencji z wykonawcą EK; Zamawiający 30.12.2020 r. wezwał wykonawcę EK, którego oferta została uznana najkorzystniejsza do złożenia w terminie do 11.01.2021 r. godz. 11:00 aktualnych oświadczeń lub dokumentów;

3)wykonawca EK wskazał zakres informacji zastrzeżonych jako tajemnice przedsiębiorstwa tajemnice tj.: „Instalacje. do których będą przekazywane wszystkie odebrane odpady w ramach realizacji zamówienia"«.

11.01.2021 r. odwołujący wniósł odwołanie formułując zarzuty naruszenia następujących przepisów SPzp:

1)art. 8 ust. 3, w zw. z art. 8 ust. 1 SPzp przez zaniechanie ujawnienia informacji zastrzeżonych przez wykonawcę EK jako tajemnica przedsiębiorstwa tj. „Instalacje, do których będą przekazywane wszystkie odebrane odpady w ramach realizacji zamówienia";

2)art. 96 ust. 3, w zw. z art. 8 ust. 1 SPzp przez nieudostępnienie odwołującemu wezwania do złożenia dokumentów w trybie art. 26 ust. 1 SPzp oraz złożonych dokumentów (jeśli zostały złożone do 8.01.2021 r.;

3)art. 26 ust. 1 SPzp przez zaniechanie wezwania wykonawcy EK do złożenia dokumentów potwierdzających brak podstaw wykluczenia oraz spełnianie warunków udziału w postępowaniu przed dokonaniem wyboru oferty najkorzystniejszej;

4)art. 89 ust. 1 pkt 6 SPzp przez zaniechanie odrzucenia wykonawcy EK, pomimo tego, że wykonawca EK popełnił błąd w obliczeniu ceny;

ewentualnie:

4a)art. 90 ust. 1 SPzp przez zaniechanie wezwania wykonawcy EK do złożenia wyjaśnień w tym złożenie dowodów, dotyczących wyliczenia ceny;

5)art. 91 ust. 1 SPzp przez dokonanie wyboru jako najkorzystniejszej oferty, złożonej przez wykonawcę EK, który nie został właściwie zbadany pod kątem spełniania warunków i braku postaw wykluczenia oraz rażąco niskiej ceny.

20.01.2021 r. zamawiający wniósł odpowiedź na odwołanie, w której uwzględnił je w całości. Tego samego dnia zamawiający poinformował o unieważnieniu czynności badania i oceny ofert.

W efekcie takiego stanowiska zamawiającego w postanowieniu z 1.02.2021 r. sygn. akt KIO 138/21 Izba umorzyła postępowanie odwoławcze. Izba przytoczyła zarzuty podniesione w odwołaniu z 11.01.2021 r. i przywołała przepis art. 522 ust. 1 NPzp, zgodnie z którym, w przypadku uwzględnienia przez zamawiającego w całości zarzutów przedstawionych w odwołaniu, Izba może umorzyć postępowanie odwoławcze na posiedzeniu niejawnym bez obecności stron oraz uczestników postępowania odwoławczego, którzy przystąpili do postępowania po stronie wykonawcy, pod warunkiem że w postępowaniu odwoławczym po stronie zamawiającego nie przystąpił w terminie żaden wykonawca. W takim przypadku zamawiający wykonuje, powtarza lub unieważnia czynności w postępowaniu o udzielenie zamówienia, zgodnie z żądaniem zawartym w odwołaniu.

Po dokonaniu powtórnej czynności badania i oceny ofert oraz poinformowaniu o ponownym wyborze oferty najkorzystniejszej 5.02.2021 r. odwołujący zwrócił się o przekazanie dokumentacji postępowania. 8.02.2021 r. zamawiający przekazał dokumenty, z których wynikało, że:

20.01.2021 r. zamawiający zwrócił się do wykonawcy EK o wyjaśnienie treści oferty w trybie art. 87 ust. 1 SPzp w następującym zakresie: »Szersze wyjaśnienie, dlaczego oczekiwane przez niego informacje dotyczące wskazania instalacji, do których wykonawca będzie przekazywał odebrane odpady stanowią tajemnicę przedsiębiorstwa i nie mogą stanowić informacji jawnych w postępowaniu. […]. […] kalkulacji ceny za odbiór poszczególnych rodzajów odpadów, gdyż dotychczasowe doświadczenie i wiedza zamawiającego, w tym obszarze wskazują, że ceny za 1 Mg różnych rodzajów odpadów są różne od siebie«.

Odrębnym pismem z 20.01.2021 r. zamawiający wezwał wykonawcę EK do złożenia dokumentów potwierdzających brak podstaw wykluczenia i spełnianie warunków udziału w postępowaniu.

W odpowiedzi na ww. wezwania wykonawca EK złożył wyjaśnienia.

II. W zakresie tajemnicy przedsiębiorstwa

Z treści oferty wykonawcy EK (oświadczenie zawarte w pkt 16 formularza oferty) wynika, że: »16. Informacje zawarte na stronach od 4 do 4 stanowią tajemnicę przedsiębiorstwa w rozumieniu ustawy o zwalczaniu nieuczciwej konkurencji i nie mogą być udostępniane przez zamawiającego, jeśli wykonawca wskazuje informacje, które stanowią tajemnicę przedsiębiorstwa zobowiązany jest wykazać, że zastrzeżone informacje stanowią tajemnicę przedsiębiorstwa«.

Informacje, które nie zostały przekazane odwołującemu przez zamawiającego dotyczą następujących elementów

formularza ofertowego:

»WSKAZUJEMY NASTĘPUJĄCE INSTALACJE REGIONALNE, DO KTÓRYCH PRZEKAZYWANE BEZPOŚREDNIO ZMIESZANE ODPADY KOMUNALNE I ODPADY ZIELONE, ODEBRANE OD WŁAŚ NIERUCHOMOŚCI:

1)_ _ _ _ _

2)_ _ _ _ _

3)_ _ _ _ _

2. WSKAZUJEMY NASTĘPUJĄCE INSTALACJE, DO KTÓRYCH PRZEKAZYWANE BĘDĄ INNE NIŻ (ZMIE ODPADY KOMUNALNE ORAZ ODPADY ZIELONE] ODEBRANE OD WŁAŚCICIELI NIERUCHOMOŚCI:

1)_ _ _ _ _

2)_ _ _ _ _

3)_ _ _ _ _

1. Termin wykonania zadania – od 1.02.2021 r. do 31 grudnia 2021 r.

2. Termin płatności –

4. Części zamówienia, jakie zamierzamy powierzyć podwykonawcom (o ile dotyczy)

_ _ _ _ _«.

Zamawiający nie przekazał odwołującemu żadnej informacji, z której wynikałoby, że wykonawca EK w jakikolwiek sposób wykazał, że zastrzeżone informacje stanowią tajemnicę przedsiębiorstwa, do czego był zobowiązany na podstawie art. 8 ust. 3 SPzp. Sam ten fakt powoduje, że informacje te nie mogły być skutecznie zastrzeżone, a zamawiający zaniechał ich ujawnienia odwołującemu. Z treści przekazanych dokumentów nie wynika, aby do oferty załączono jakąkolwiek informację wskazującą na wykazanie, że informacja stanowi tajemnicę przedsiębiorstwa, w szczególności nie zawarto żadnych dowodów, że u wykonawcy EK zostały wdrożone procedury mające na celu ochronę tych informacji.

W okolicznościach rozpoznawanej sprawy wykonawca EK nie wykazał, że zastrzeżone przez niego informacje to informacje techniczne, technologiczne lub organizacyjne i nie wykazał jaką wartość gospodarczą posiadają. Nie odniósł się w ogóle do zastrzeganych informacji, co wskazuje, że zastrzeżenie tajemnicy miało charakter wyłącznie „formalny". Skutkiem bezzasadnego zastrzeżenia określonych informacji jako tajemnicy przedsiębiorstwa jest leżący po stronie zamawiającego obowiązek odtajnienia takich danych.

Powyższa argumentacja została przedstawiona w odwołaniu z 11.01.2021 r., które zamawiający uwzględnił w całości, co zobowiązywało go do ujawnienia zastrzeżonych nieskutecznie informacji. Jak wynika z dalszej korespondencji w postępowaniu, wykonawca EK nie załączył do oferty, żadnego wyjaśnienia podstaw zastrzeżenia informacji, ponad zacytowany wyżej fragment.

Tymczasem zamawiający zamiast przekazać kwestionowane informacje wezwał wykonawcę EK do „szerszego wyjaśnienia" powodów zastrzeżenia tajemnicy przedsiębiorstwa.

Już samo wezwanie jest niedopuszczalne. W świetle orzecznictwa KIO niedopuszczalne jest jakiekolwiek uzupełnianie lub doprecyzowanie zastrzeżenia tajemnicy przedsiębiorstwa w terminie późniejszym niż samo zastrzeżenie, ani na wezwanie zamawiającego. W postępowaniu wykonawca EK nie dołączył do oferty, żadnego wyjaśnienia, poza zacytowanym wyżej fragmentem. Nie wykazał zatem, że informacja spełnia przesłanki uzasadniające możliwość jej zastrzeżenia jako tajemnicy.

Dopiero w piśmie z 22.01.2021 r., w odpowiedzi na wezwanie zamawiającego pojawiło się pierwsze (lakoniczne] wyjaśnienie. Wykonawca EK wskazał jedynie lakoniczne i ogólnikowe stwierdzenia o tym, że:

1. Wykaz instalacji zawiera informacje organizacyjne i inne posiadające wartość gospodarczą dotyczącą zasobów i rozwiązań logistycznych wykonawcy, ukazującą opracowany indywidualnie przez wykonawcę sposób efektywnego i zoptymalizowanego wykonania zamówienia, jak również określający poufne warunki współpracy handlowej.
2. Na podstawie wskazanych w ofercie instalacji kryje się złożony proces realizacji zamówienia i współpracy, ustalony organizacyjnie i logistycznie w sposób zindywidualizowany przez wykonawcę, tj. dobór odpowiednich instalacji do zagospodarowania odpadów, współpraca z określonymi podmiotami zewnętrznymi gwarantującymi jakość realizowanych usług jak również optymalne koszty ich świadczenia, które pozwalają na czerpanie z tego tytułu odpowiednich korzyści finansowych (informacje te posiadają wartość handlową w stopniu wymagającym jej ochrony przed rozpowszechnianiem).
3. Upublicznienie tych informacji mogłoby negatywnie wpłynąć na pozycję rynkową wykonawcy, gdyż informacje te uzyskane przez konkurujące z wykonawcą podmioty mogłyby być przez nie wykorzystane w innych postępowaniach w sposób naruszający uczciwą konkurencję.
4. Poszczególne informacje zawarte w ofercie, a dotyczące instalacji, jak również w połączeniu z innymi informacjami, powzięte przez osoby trzecie pozwoliłyby na zidentyfikowanie przez nie istotnych aspektów organizacyjnych, logistycznych i innych mających wartość gospodarczą, co mogłoby doprowadzić do działań mogących utrudnić lub wręcz uniemożliwić realizację umowy odbioru odpadów z terenu gminy, przez możliwy wpływ na te instalacje przez duże podmioty, mające większe możliwości w zakresie gospodarowania odpadami a konkurujące z wykonawcą.
5. Wskazane powyżej informacje, zarówno w całości jak i zbiorze nie są powszechnie znane i nie są łatwo dostępnie dla osób trzecich. Wykonawca nie przekazuje ww. informacji osobom postronnym oraz utrzymuje ww. informacje w poufności, w tym podjął odpowiednie środki w celu zachowania ich poufności, m.in. zobowiązał osoby biorące udział w przygotowaniu i złożeniu oferty do zachowania poufności oraz stosuje środki techniczne zabezpieczające te informacje przed ujawnieniem.
6. Wykonawca EK stosuje klauzule dotyczące zastrzeżenia tajemnicy przedsiębiorstwa we wszystkich toczących się postępowaniach przetargowych, o ile zamawiający prosi o wykaz instalacji, na które przekazywane będą odpady z terenu gminy lub wynika on bezpośrednio z postanowień SIWZ lub OPZ.

Nawet gdyby przyjąć, że zamawiający mógł brać ww. wyjaśnienia pod uwagę [co w ocenie odwołującego jest niedopuszczalne, z uwagi termin ich złożenia) to odwołujący wskazuje, że wyjaśnienia są ogólnikowe, a wykonawca EK nie wykazał, że zastrzeżone informacje mają charakter tajemnicy przedsiębiorstwa.

Wykonawca EK nie wskazał jakie środki podejmuje w celu ochrony informacji – co jest niezbędnym elementem wykazania skuteczności zastrzeżenia tajemnicy. Wykonawca EK nie przedstawił, żadnego dokumentu wskazującego na treść i zakres ochrony. Wykonawca EK nie próbował nawet opisać na czym polegają odpowiednie środki.

Co więcej wykonawca EK, wbrew temu co wskazał w wyjaśnieniach nie chroni informacji w postaci wykazu instalacji i ujawnia je w innych ofertach, co świadczy o tym, że nie została spełniona również druga z wymaganych przesłanek.

W zakresie ostatniego elementu, czyli charakteru informacji, poza ogólnikowymi stwierdzeniami na temat

„newralgicznego” charakteru tych informacji, wykonawca EK nie wyjaśnił w jaki sposób np. inne podmioty mogłyby wykorzystać informacje zawarte w ofercie w sposób nieuczciwy, czy np. w jaki sposób inne podmiot miałyby oddziaływać na instalacje. Przedstawione wyjaśnienia są na tyle ogólnikowe, że można by je zastosować w zasadzie do każdej innej informacji, przez co uznać należy, że wykonawca EK nie wykazał skuteczności zastrzeżenia.

Informacja na temat instalacji jest o tyle istotna, że w razie wskazania instalacji, w sposób niezgodny z powszechnie obowiązującymi przepisami – oferta wykonawcy podlega odrzuceniu. Zatem informacja ta jest niezmiernie istotna z punktu widzenia prawa odwołującego do kontroli decyzji zamawiającego przez poddanie jej pod osąd Izby, również w tym zakresie (gdyby były ku temu podstawy).

III. W zakresie błędu w obliczeniu ceny

Zgodnie z pkt 12.3 i 12.4 SIWZ:

»Podana w ofercie cena musi być wyrażona polskich złotych (PIN).

12.3. Cenę oferty za całość zamówienia należy podać jako iloczyn szacunkowej ilości odpadów komunalnych i stawki jednostkowej za odbiór i zagospodarowanie 1 Mg danego rodzaju odpadów – niedoszacowanie, pominięcie oraz brak rozpoznania zakresu przedmiotu umowy nie może być podstawą do żądania zmiany wynagrodzenia. Cena musi zawierać wartość VAT oraz ewentualne opusty i rabaty. Wysokość stawki podatku od towarów i usług (VAT) wynika z przepisów ustawy z dnia 11 marca 2004 r. o podatku od towarów i usług (Dz. U. z 2020 r. poz. 106).

12.4. Rozliczenie pomiędzy zamawiającym i wykonawcą będzie odbywało się miesięcznie na podstawie faktury VAT wraz dołączonym dokumentem potwierdzającym masę odpadów«.

Jak wynika z § 8 ust. 3 wzoru umowy: »Wynagrodzenie miesięczne za odbiór i transport odpadów będzie iloczynem faktycznej liczby Mg odebranych odpadów w danym miesiącu, ustalonej na podstawie [M1] dokumentów potwierdzających ilość odebranych odpadów oraz ceny jednostkowej za odbiór i transport 1 Mg odpadów wskazanej w ofercie wykonawcy«. Dalej w § 8 ust. 4 wzoru umowy wyszczególniono stawki za odbiór odpadów zgodnie z cenami wskazanymi w ofercie.

Wykonawca EK skalkulował cenę podając identyczne ceny jednostkowe we wszystkich pozycjach formularza oferty.

W Opisie przedmiotu zamówienia zamawiający wskazał szacunkowe ilości odpadów prawdopodobnie w oparciu o dane historyczne, które miały obrazować system gospodarowania odpadami na terenie gminy. Na podstawie tych danych przygotowano formularz oferty. Jednak wykonawca zobowiązany jest od odebrania z tereny Gminy każdej ilości odpadów danej frakcji.

Przedmiotem zamówienia jest: »Odebranie i zagospodarowanie odpadów komunalnych od właścicieli nieruchomości zamieszkałych na terenie Gminy Iłów«. Oznacza to, że wykonawca poza wskazaniem instalacji musi uwzględnić również koszty zagospodarowania odpadów jakie poniesie przekazując je do konkretnej instalacji.

Przyjęcie kosztorysowej formy wynagrodzenia niesie za sobą określone konsekwencje. W przypadku wynagrodzenia kosztorysowego, każda z cen jednostkowych stanowi w ofercie odrębną cenę za poszczególny element świadczenia. Rozliczenie odbywa się bowiem jedynie za odebrane odpady danego rodzaju.

Cena jednostkowa obejmować musi zatem koszt odebrania odpadów od mieszkańca, przetransportowania ich do wskazanej instalacji i zagospodarowania w tej instalacji. Koszty zagospodarowania odpadów są różne w zależności od ich rodzajów i stanowią najważniejszy czynnik różnicujący stawki jednostkowe. Kolejnym czynnikiem wpływającym na wysokość ceny jednostkowej jest odległość miejsca odbioru odpadów od instalacji, do której odpady ostatecznie trafią. Te okoliczności powodują, że nie jest możliwe, aby wykonawca rzetelnie kalkulujący koszty odbioru i zagospodarowania odpadów mógł ustalić stawki za odbiór poszczególnych rodzajów odpadów na jednakowym poziomie.

Określenie wszystkich stawek jednostkowych na poziomie 1288,44 zł może świadczyć o braku rzetelnego skalkulowania ceny lub zupełnym zignorowaniu zaleceń zamawiającego co do sposobu kalkulacji ceny przez przyjęcie wynagrodzenia ryczałtowego, które zostało następnie sztucznie rozbite na stawki dla poszczególnych rodzajów odpadów w taki sposób, aby formalnie sprostać oczekiwaniom zamawiającego co do sposobu zaprezentowania ceny. Sposób zaprezentowania ceny wskazuje na uśrednianie stawek, co stoi wprost w sprzeczności z wymaganiami zamawiającego, aby wskazać stawki jednostkowe za poszczególne rodzaje odpadów, a nie uśrednioną stawkę za odbiór odpadów w ogólności.

Nie jest bowiem możliwe, aby koszt odbioru, transportu i zagospodarowania każdego z rodzajów odpadów był identyczny, w szczególności w przypadku, gdy odpady transportowane są do różnych instalacji, a koszty ich przyjęcia instalacje uzależniają od rodzaju odpadów tworząc specjalne cenniki oparte o poszczególne kody odpadów.

Wykonawca EK popełnił błąd w obliczeniu ceny, a jego oferta podlega odrzuceniu.

Taki błąd miał miejsce, gdyż wykonawca EK zamiast wskazać ceny jednostkowe poszczególnych rodzajów odpadów i przemnożyć je przez masy uśrednił stawkę i następnie przemnożył masy przez identyczną stawkę. Gdyby postąpił zgodnie z wymaganiami zamawiającego ceny jakie by uzyskał byłyby inne.

Ponieważ każda z cen jednostkowych jest traktowana jako odrębna cena podlegająca ocenie. Różnice te są szczególnie widoczne w przypadku:

Odpady odbierane z nieruchomości:

lp.	Rodzaj odpadów	Prognozowana ilość	Cena brutto wykonawcy EK	Cena brutto odwołującego
1	Odpady wielkogabarytowe	74,57	1288,44	1836,00
2	Zużyty sprzęt elektryczny i elektroniczny	1,89	1288,44	3240,00
3	Odpady budowlane i rozbiórkowe stanowiące odpady komunalne	70,70	1288,44	1944,00

Odpady odbierane z Punktu Selektywnej Zbiórki Odpadów Komunalnych zlokalizowanego w Iłowie pod adresem: 96-520 Iłów, ul. Klonowa 1:

lp.	Rodzaj odpadów	Prognozowana ilość	Cena brutto wykonawcy EK	Cena brutto odwołującego
1	Odpady wielkogabarytowe	45,00	1288,44	1836,00
2	Zużyty sprzęt elektryczny i elektroniczny	3,50	1288,44	3240,00
3	Odpady budowlane i rozbiórkowe stanowiące odpady komunalne	7,50	1288,44	1944,00
4	Tekstylia	0,80	1288,44	2700,00

W związku z tym wykonawca EK zupełnie zlekceważył wymagany przez zamawiającego sposób obliczenia i zaprezentowania ceny, uśredniając stawki przez co nie wskazał *d e facto* cen jednostkowych za odbiór i zagospodarowanie odpadów w związku z tym oferta wykonawcy EK podlega odrzuceniu na podstawie art. 89 ust. 1 pkt 6

SPzp.

Stanowiło to argumentację uzasadniającą zarzut naruszenia art. 89 ust. 1 pkt 6 SPzp, uwzględniony przez zamawiającego w całości. Obecnie odwołujący podtrzymuje zarzut z tym zastrzeżeniem, że złożone przez wykonawcę EK wyjaśnienia z 22.01.2021 r. potwierdzają stanowisko odwołującego.

Jednak pomimo uwzględniania odwołania zamawiający nie odrzucił oferty. Zgodnie z art. 552 ust. 1 *in fine* NPzp. W takim przypadku zamawiający wykonuje, powtarza lub unieważnia czynności w postępowaniu o udzielenie zamówienia, zgodnie z żądaniem zawartym
w odwołaniu. Skutkiem uchybienia przez zamawiającego temu przepisowi jest uprawnienie wykonawcy do wniesienia kolejnego odwołania w stosownym zakresie bez ryzyka odrzucenia takiego odwołania na podstawie art. 528 pkt 5 pkt 5 NPzp (tak KIO w wyroku z 2 października 2019 r., KIO 1846/19 – wyrok wydanym na gruncie SPzp lecz znajdującego zastosowanie w nowym stanie prawnym).

IV. W zakresie rażąco niskiej ceny

Odwołujący podnosi również, że w przypadku uznania przez Izbę, że błąd wykonawcy EK nie powinien zostać zakwalifikowany jako błąd w obliczeniu ceny, odwołujący wskazuje, że zamawiający zaniechał wezwania wykonawcy EK do wyjaśnień elementów oferty mających wpływ na wysokość ceny.

Przyjęta przez zamawiającego forma rozliczeń powoduje, że wynagrodzenie ma charakter kosztorysowy, a co za tym idzie jako ceny należy traktować poszczególne stawki jednostkowe za odbiór i zagospodarowanie odpadów.

W rozpoznawanym przypadku każda ze wskazanych w ofercie cen jednostkowych powinna zostać uznana za istotną, gdyż została wyodrębniona. Warto wskazać, że
w niektórych postępowaniach, których przedmiotem jest odbiór i zagospodarowanie odpadów, zamawiający nie wymagają tak szczegółowej kalkulacji tj. nie żądają wskazania cen jednostkowych dla poszczególnych rodzajów odpadów ale np. dwie stawki dla odpadów zmieszanych i segregowanych lub nawet jedną stawkę dla wszystkich odpadów. Jednak
w tym przypadku zamawiający wymagał wskazania określonych stawek dla poszczególnych grup odpadów, co oznacza, że uznał je za istotne.

Co do reguły w zakresie rażąco niskiej ceny ocenia się cenę oferty. Jednak ceny składowe czy ceny jednostkowe mogą być badane w zakresie rażąco niskiej ceny, w sytuacji kiedy mogą zaważyć na należytym wykonaniu przyszłej umowy. Regulacje dotyczące rażąco niskiej ceny mają na celu zabezpieczenie zamawiającego, przed koniecznością zawierania umowy z wykonawcą oferującym cenę na tyle niską, że wątpliwym wydaje się, że wykonawca ten wykona umowę, ewentualnie, że wykona ją należycie. Nie jest przy tym wykluczona możliwość popełniania przez danego wykonawcę czynu nieuczciwej konkurencji w zakresie cen składowych i ich wzajemnej relacji (tak np. wyrok KIO z 28 marca 2018 r., KIO 488/18).

Mając zatem na uwadze wskazane wyżej rozbieżności w cenach jednostkowych oferowanych przez wykonawców oraz fakt, że jeden z nich zaoferował identyczne ceny dla wszystkich rodzajów odpadów, zamawiający powinien zastosować art. 90 ust. 1 SPzp i wezwać wykonawcę EK do wyjaśnień przynajmniej w takim zakresie w jakim różnice w stawkach są bardzo znaczące.

Mając bowiem na uwadze fakt, że wskazane szacunkowe ilości odpadów nie są limitami, a w przypadku konieczności odebrania większej ilości odpadów danego rodzaju (przy rażącym niedoszacowaniu ceny jednostkowej) przy jednoczesnym zmniejszonym tonażu tych frakcji, która zostały „przeszacowane" wykonawca EK może mieć problem z prawidłową realizacją przedmiotu zamówienia.

W ocenie odwołującego cena zaoferowana przez wykonawcę EK jest ceną rażąco niską, jednak z uwagi na to, że przed zastosowaniem art. 89 ust. 1 pkt 4 SPzp konieczne jest zastosowania procedury wyjaśnień, zarzut odrzucenia oferty byłby przedwczesny. Na tym etapie odwołujący zarzucił zaniechanie wezwania do złożenia wyjaśnień na podstawie art. 90 ust. 1 SPzp.

Pomimo uwzględnienia odwołania w całości, zamawiający nie wezwał wykonawcy EK do wyjaśnień rażąco niskiej ceny w trybie art. 90 ust. 1 SPzp. Zamiast tego wezwał wykonawcę EK do złożenia wyjaśnień treści oferty w trybie art. 87 ust. 1 SPzp, w zakresie kalkulacji ceny oferty z uwagi na to, że ceny za poszczególne odpady są takie same.

Po pierwsze zastosowanie w tym zakresie art. 87 ust. 1 SPzp jest wprost niezgodne
z przepisami SPzp, gdyż przepis ten odnosi się do wyjaśnienia treści oferty nie jej kalkulacji.

Po drugie wezwanie wykonawcy EK do złożenia wyjaśnień w trybie art. 90 ust. 1 SPzp niesie za sobą konkretne konsekwencje. Przepisy ustawy SPzp jednoznacznie wskazują podmiot, na którym spoczywa obowiązek wykazania (ciężar dowodu), że zaoferowana cena, nie zawiera rażąco niskiej ceny lub kosztu. W toku postępowania o udzielenie zamówienia, obowiązek taki – stosownie do art. 90 ust. 2 SPzp – spoczywa na wykonawcy, który cenę zaoferował. Z kolei w toku postępowania odwoławczego, jak stanowi art. 190 ust. 1a pkt 1 SPzp, ciężar dowodu, że oferta nie zawiera rażąco niskie ceny, spoczywa na »wykonawcy, który ją złożył, jeżeli jest stroną albo uczestnikiem postępowania odwoławczego«, (tak KIO
w wyroku z 19 czerwca 2020 r., KIO 674/20). Co więcej, zgodnie z art. 90 ust. 3 SPzp: »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«.

Konsekwencji takich nie kreuje art. 87 ust. 1 SPzp. Chociażby dlatego zamawiający nie może zamiennie stosować wezwania na podstawie art. 90 ust. 1 SPzp, z wezwaniem na podstawie art. 87 ust. 1 SPzp. Oznaczałoby to, że to zamawiający arbitralnie decyduje, czy
w danym wypadku wezwanie będzie wiązało się z tzw. domniemaniem rażąco niskiej ceny, które wykonawca musi obalić (art. 90 ust. 1 SPzp), czy też brak odpowiedzi lub brak odpowiedzi precyzyjnej nie niesie za sobą negatywnych skutków w postaci odrzucenia oferty (art. 87 ust. 1 SPzp). Taka sytuacja jest niedopuszczalna, gdyż to przepisy ustawy wprost wskazują w jakim trybie zamawiający wzywa wykonawcę do wyjaśnień rażąco niskiej ceny
i jakie skutki niesie brak złożonych wyjaśnień.

Już sam fakt wezwania do wyjaśnień na podstawia art. 87 ust. 1 SPzp stanowi jej naruszenie, jednak kluczowy jest tu fakt braku wezwania do wyjaśnień rażąco niskiej ceny
w trybie art. 90 ust. 1 SPzp.

Z ostrożności odwołujący wskazał, że gdyby nawet uznać, że wezwanie zamawiającego stanowiło *de facto* wezwanie na podstawie art. 90 ust. 1 SPzp, to wyjaśnienia są niewystarczające co musi skutkować odrzuceniem oferty wykonawcy EK. Ogólnikowy charakter wyjaśnień świadczy o braku faktycznego wyjaśnienia w zakresie kalkulacji. Wskazanie ogólnych czynników cenotwórczych, oraz przykładów z innych gmin w żaden sposób nie wskazuje na realność poszczególnych cen jednostkowych. Brak przedstawienia samej kalkulacji, o która prosił zamawiający czyni

wyjaśnienia gołosłownymi. Przedmiotem zarzutu był brak wezwania do złożenia wyjaśnień RNC, nie zaś wezwanie do uzasadnienia braku konieczności takiego wezwania. Złożone przez wykonawcę EK wyjaśnienia nie odnoszą się do kalkulacji konkretnej oferty lecz do ogólnych czynników cenotwórczych (właściwych dla wszystkich wykonawców) oraz uzasadnienia, dlaczego dopuszczalne jest zastosowanie jednakowych stawek.

V. Brak spełnienia warunku udziału w postępowaniu

Jak wynika z treści warunku udziału w postępowaniu dotyczącego zdolności technicznej lub zawodowej: »Warunek ten zostanie spełniony jeżeli wykonawca wykaże, że w ciągu ostatnich 3 lat przed upływem terminu składania ofert, a jeżeli okres prowadzenia działalności jest krótszy, w tym okresie, wykonał łub wykonuje co najmniej jedną usługę odbioru odpadów komunalnych z nieruchomości, na których zamieszkują mieszkańcy w sposób ciągły przez okres min. 12 miesięcy o masie łącznej min. 2000 Mg. Powyższe wykonawca powinien udokumentować załączając dowody potwierdzające, że te usługi zostały wykonane z należytą starannością ze wskazaniem wartości, przedmiotu, dat wykonania i podmiotów na rzecz których usługi zostały wykonane lub są wykonywane«.

Wykonawca EK w celu potwierdzenia spełniania warunku wskazał dwie usługi, z których żadna nie obejmowała łącznie 2000 Mg. Usługi te były wykonywane na rzecz tego samego podmiotu, jednak na podstawie dwóch odrębnych umów. Co ważne umowy te znacznie się od siebie różnią, na co wskazuje chociażby zakres nieruchomości (Załącznik nr 1 do Referencji). W związku z tym nawet gdyby przyjąć, że dopuszczalna jest interpretacja, że chodzi o jedna usługę nie koniecznie jedną umowę, to w tym wypadku mamy do czynienia
z dwoma usługami. Druga umowa obejmowała inne zadania i inny zakres nieruchomości, nie można zatem mówić o ciągłym świadczeniu tej samej usługi na podstawie kolejnych umów, lecz dwóch różnych usług na podstawie dwóch różnych umów zawartych z tym samym podmiotem. Dlatego warunek nie został spełniony przez co zamawiający powinien wezwać wykonawcę EK do uzupełnienia dokumentów w trybie art. 26 ust. 3 SPzp, w zakresie potwierdzenia spełniania warunku opisanego powyżej.

Odwołujący przesłał w terminie kopię odwołania zamawiającemu 15.02.2021 r. (art. 514 ust. 2 NPzp.

Zamawiający przesłał w terminie 2 dni kopię odwołania innym wykonawcom 16.02.2021 r. (art. 524 NPzp).

19.03.2021 r. wykonawca EKMAZ Spółka z ograniczoną odpowiedzialnością z siedzibą w Płocku złożył Prezesowi Izby pismo o zgłoszeniu przystąpienia do postępowania toczącego się w wyniku wniesienia odwołania po stronie zamawiającego. Przystępujący przekazał kopie przystąpienia zamawiającemu i odwołującemu (art. 525 ust. 1 i 2 NPzp).

Zamawiający nie zgłosił opozycji przeciw przystąpieniu innego wykonawcy do czasu otwarcia rozprawy (art. 526 ust. 1 NPzp).

Odwołujący nie zgłosił opozycji przeciw przystąpieniu innego wykonawcy do czasu otwarcia rozprawy (art. 526 ust. 1 NPzp).

Zamawiający wniósł odpowiedź na odwołanie do czasu zamknięcia rozprawy 1
i 16.03.2021 r. (art. 521 i art. 522 NPzp). Zamawiający wniósł o oddalenie odwołania.

Po przeprowadzeniu rozprawy z udziałem stron, na podstawie dokumentacji postępowania zamówieniowego przedstawionej przez zamawiającego, wyjaśnień oraz stanowisk stron zaprezentowanych podczas rozprawy – Krajowa Izba Odwoławcza ustaliła
i zważyła, co następuje:

Izba stwierdziła, że odwołanie nie jest zasadne.

W ocenie Izby zostały wypełnione łącznie przesłanki posiadania interesu w uzyskaniu danego zamówienia oraz wystąpienia możliwości poniesienia szkody przez odwołującego.

Izba stwierdza, że nie zachodzą przesłanki, których zaistnienie skutkowałoby odrzuceniem odwołania.

Izba postanowiła dopuścić jako dowód, dokumentację postępowania o udzielenie zamówienia publicznego przekazaną przez zamawiającego, potwierdzoną za zgodność
z oryginałem.

Izba ustaliła, że stan faktyczny postępowania o udzielenie zamówienia publicznego (postanowienia SIWZ oraz informacje zawarte w ogłoszeniu o zamówieniu) nie jest sporny.

Izba wzięła pod uwagę dowody złożone przez:

1)odwołującego – wyciąg z ustawy o zmianie ustawy o utrzymaniu czystości, gdzie
w uzasadnieniu str. 1 i 7, jest wskazane, że intencją ustawodawcy jest żeby zamawiający nie stosowali cen ryczałtowych, ale kosztorysowe, które w zakresie odbioru odpadów są właściwe; podobnie w zakresie Krajowego Planu Gospodarki Odpadami na rok 2022, gdzie na str. 27 i str. 105, jest również wskazane zalecenie stosowania cen kosztorysowych;

2)przystępującego – zestawienie cen ofert składanych w okręgu Płockim (Powiaty Płock, Sierpc, Gostynin) na wykazanie, że w rozpoznawanym postępowaniu przystępujący zaoferował wysokie ceny i nie może być mowy o zaoferowaniu RNC.

W ocenie Izby zarzut pierwszy naruszenia art. 8 ust. 3 w zw. z art. 8 ust. 1 SPzp – przez zaniechanie ujawnienia informacji zastrzeżonych przez wykonawcę EK jako tajemnica przedsiębiorstwa tj. „Instalacje, do których będą przekazywane wszystkie odebrane odpady w ramach realizacji zamówienia" – nie może zostać uwzględniony.

Izba stwierdza, że zamawiający na posiedzeniu z udziałem stron i przed otwarciem rozprawy oświadczył, że zamawiający uzyskał zgodę przystępującego na odtajnienie utajonych dotychczas dokumentów przystępującego i udostępnił te dokumenty odwołującemu przed otwarciem posiedzenia.

W związku z tym zamawiający dokonał faktycznego uwzględnienia zarzutu pierwszego odwołania.

Wszystkie zainteresowane podmioty (w postępowaniu oferty złożyło dwóch wykonawców: odwołujący i przystępujący) otrzymały pełny wgląd do kwestionowanego dokumentu. W związku z tym w rozpoznawanej sprawie wystąpił faktyczny brak substratu zaskarżenia, gdyż Izba nie może już nakazać zamawiającemu udostępnienia dokumentu skoro dokument stał się już jawny.

Ponadto nie zamyka to drogi odwołującemu do skorzystania ze środków ochrony prawnej, o ile odwołujący uzna, że jest naruszany jego interes.

Poza tym Izba nie może stwierdzić, że w konkretnym stanie faktycznym naruszenie przepisów ustawy może mieć wpływ na wynik postępowania o udzielenie zamówienia (art. 554 ust. 1 pkt 1 NPzp). Art. 554 ust. 1 pkt 1 NPzp) brzmi »Izba uwzględnia odwołanie w całości lub w części, jeżeli stwierdzi […] naruszenie przepisów ustawy, które miało wpływ lub może mieć istotny wpływ na wynik postępowania o udzielenie zamówienia, konkursu lub systemu kwalifikowania wykonawców«.

Z tych względów Izba nie może uwzględnić zarzutu pierwszego.

W ocenie Izby zarzut drugi naruszenia art. 89 ust. 1 pkt 6 SPzp – przez zaniechanie odrzucenia wykonawcy EK,

pomimo tego, że wykonawca EK popełnił błąd w obliczeniu ceny – nie zasługuje na uwzględnienie.

Art. 89 ust. 1 pkt 3 SPzp brzmi »Zamawiający odrzuca ofertę, jeżeli […] zawiera błędy w obliczeniu ceny lub kosztu«.

Izba stwierdza, że w szczególności podstawą do stwierdzenia błędów w obliczeniu ceny są postanowienia SIWZ. Stosowne postanowienie pkt 12.3 SIWZ brzmi: »Podana w ofercie cena musi być wyrażona polskich złotych (PLN). Cenę oferty za całość zamówienia należy podać jako iloczyn szacunkowej ilości odpadów komunalnych i stawki jednostkowej za odbiór i zagospodarowanie 1 Mg danego rodzaju odpadów – niedoszacowanie, pominięcie oraz brak rozpoznania zakresu przedmiotu umowy nie może być podstawą do żądania zmiany wynagrodzenia. Cena musi zawierać wartość podatku VAT oraz ewentualne upusty i rabaty. Wysokość stawki podatku od towarów i usług VAT wynika z przepisów ustawy z dnia 11 marca 2004 r. o podatku od towarów i usług (Dz. U. z 2020 r. poz. 106)«.

Odwołujący wywodzi, że oferta wykonawcy EK zawiera błędy w obliczaniu ceny przede wszystkim z faktu, że wykonawca EK zaoferował takie same stawki jednostkowe za odbiór i zagospodarowanie 1 Mg różnych rodzajów odpadów. Ale odwołujący nie dowiódł, że jest to zabronione w ustawie lub w SIWZ. Również odwołujący nie dowiódł, że zastosowanie takich samych stawek jednostkowych za odbiór i zagospodarowanie 1 Mg różnych rodzajów odpadów prowadzi do błędów w obliczaniu ceny bądź jest sprzeczne z postanowieniami SIWZ.

Ponadto zamawiający oświadczył, że »wezwał wykonawcę EK do wyjaśnienia wątpliwości dotyczących treści oferty [na podstawie art. 87 ust. 1 SPzp – przyp. Izby], tj. wyjaśnienia z czego wynika przyjęcie jednolitych stawek na usługę w odniesieniu do różnych rodzajów odpadów, gdzie koszty są zróżnicowane. […] Wyjaśnienia te w sposób wystarczający wyjaśniały, że przyczyna ujednolicenia stawki jednostkowej nie tkwi w zlekceważeniu wymaganego sposobu obliczenia i zaprezentowania ceny, a jest wyłącznie praktyką wykonawcy, nie stojącą w żaden sposób w sprzeczności z wymaganiami SIWZ«. Art. 87 ust. 1 SPzp brzmi »W toku badania i oceny ofert zamawiający może żądać od wykonawców wyjaśnień dotyczących treści złożonych ofert. Niedopuszczalne jest prowadzenie między zamawiającym a wykonawcą negocjacji dotyczących złożonej oferty oraz, z zastrzeżeniem ust. 1a i 2, dokonywanie jakiejkolwiek zmiany w jej treści«.

Również odwołujący nie dowiódł, że w trakcie wyceny zamawiający bądź wykonawca EK będą stosowali ryczałt (co – zdaniem Izby – rzeczywiście może nie być zalecane, ale nie jest zabronione – dowód odwołującego), a wprost przeciwnie – z cytowanego pkt 12.3 SIWZ wynika, że cena będzie wynikać z iloczynu ilości odpadów komunalnych i stawki jednostkowej za odbiór i zagospodarowanie 1 Mg danego rodzaju odpadów – czyli właśnie jest to wycena kosztorysowa i taki schemat wyliczenia cen zastosował wykonawca EK w swojej ofercie.

Wobec powyższego Izba wywodzi, że odwołujący nie wykazał, że przystępujący błędnie obliczył cenę ofertową czyli, że oferta przystępującego zawiera błędy w obliczeniu ceny. Dlatego Izba nie może przychylić się do zarzutu drugiego naruszenia art. 89 ust. 1 pkt 6 SPzp.

W ocenie Izby zarzut drugi a (zarzut ewentualny) naruszenia art. 90 ust. 1 SPzp – przez zaniechanie wezwania wykonawcy EK do złożenia wyjaśnień w tym złożenie dowodów, dotyczących wyliczenia ceny – nie zasługuje na uwzględnienie.

Izba stwierdza, że – zgodnie z rubryką 11 ust. 2 Protokołu postępowania [druk ZPPN] – cyt. »Bezpośrednio przed otwarciem ofert zamawiający podał kwotę, jaką zamierza przeznaczyć na sfinansowanie zamówienia, w wysokości: 2 060 583 zł brutto w tym należny podatek VAT«. Dlatego – natykając się na ceny ofertowe w wysokości 1 777 213,44 zł (cena ofertowa odwołującego) i 1 626 938,96 zł (cena ofertowa wykonawcy EK) czyli na ceny niższe o ok. 14% i 21% od wartości zamówienia powiększonej o należny podatek od towarów i usług – zamawiający nie był obowiązany do zastosowania się do art. 90 ust. 1a pkt 1 SPzp, który brzmi »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, chyba że rozbieżność wynika z okoliczności oczywistych, które nie wymagają wyjaśnienia«. Zamawiającemu zaoferowane ceny lub ich istotne części składowe, nie wydały się rażąco niskie w stosunku do przedmiotu zamówienia i zaoferowane ceny nie wzbudziły wątpliwości zamawiającego co do możliwości wykonania przedmiotu zamówienia zgodnie z wymaganiami określonymi przez zamawiającego lub wynikającymi z odrębnych przepisów, dlatego zamawiający również nie był niczym obowiązany do zastosowania art. 90 ust. 1 wprowadzenie do wyliczenia SPzp. Przepis art. 90 ust. 1 wprowadzenie do wyliczenia SPzp brzmi »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 […]«. Izba stwierdza z doświadczenia życiowego, że natykając się na nie tak wielką różnicę między ceną szacunkową zamawiającego oraz między samymi ofertami – zamawiający mógł nie wdrażać procedury wyjaśniania poziomu cen ofert zgodnie z art. 90 ust. 1 SPzp.

W związku z tym Izba stwierdza, że zamawiający mógł nie zwracać się do wykonawcy EK o udzielenie wyjaśnień dotyczących wyliczenia ceny i zamawiający nie naruszył tym żadnego unormowania.

Ponadto w konkretnej sytuacji zamawiający zażądał od wykonawcy EK wyjaśnień dotyczących treści oferty na podstawie art. 87 ust. 1 SPzp, który to przepis brzmi »W toku badania i oceny ofert zamawiający może żądać od wykonawców wyjaśnień dotyczących treści złożonych ofert. Niedopuszczalne jest prowadzenie między zamawiającym a wykonawcą negocjacji dotyczących złożonej oferty oraz, z zastrzeżeniem ust. 1a i 2, dokonywanie jakiejkolwiek zmiany w jej treści«, o czym również w uzasadnieniu oddalenia zarzutu drugiego. Tym samym zamawiający nie zwracał się do wykonawcy EK o udzielenie wyjaśnień dotyczących zaoferowanej ceny, ale zażądał od wykonawcy EK wyjaśnień dotyczących treści złożonej oferty.

Wobec tego w ocenie Izby zarzut drugi a (zarzut ewentualny) naruszenia art. 90 ust. 1 SPzp – nie zasługuje na uwzględnienie.

W ocenie Izby zarzut drugi b (zarzut ewentualny w razie uznania, że wezwanie zamawiającego z 22.01.2021 r. należy potraktować jako wezwania do złożenia wyjaśnień w trybie art. 90 ust. 1 SPzp) naruszenia art. 90 ust. 3 SPzp – przez zaniechanie odrzucenia oferty wykonawcy EK pomimo tego, że złożone przez wykonawcę EK wyjaśnienia nie zawierają kalkulacji ceny oferty ani innych konkretnych informacji oraz dowodów wyjaśniających, że cena oferty nie jest rażąco niska – nie zasługuje na uwzględnienie.

Izba stwierdza, że u zamawiającego w trakcie prowadzenia postępowania zamówieniowego nie wzbudziły się

wątpliwości co do zaoferowania przez wykonawcę EK rażąco niskiej ceny. W związku z tym zamawiający nie zastosował art. 90 ust. 1 wprowadzenie do wyliczenia SPzp i nie zwrócił się do wykonawcy EK o wyjaśnienia dotyczące rażąco niskiej ceny. Dlatego wykonawca EK nie udzielił zamawiającemu wyjaśnień dotyczących rażąco niskiej ceny i nie mógł udzielić takich wyjaśnień. Z tego względu zamawiający nie miał prawa odrzucić oferty wykonawcy EK na podstawie art. 90 ust. 3 SPzp, który brzmi »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«.

Jak z tego wynika w ocenie Izby zarzut drugi b (zarzut ewentualny) naruszenia art. 90 ust. 3 SPzp – nie zasługuje na uwzględnienie.

W ocenie Izby zarzut trzeci naruszenia art. 26 ust. 3 SPzp – przez zaniechanie wezwania wykonawcy EK do uzupełnienia dokumentów potwierdzających spełniania warunku zdolności technicznych i zawodowych dotyczącego doświadczenia wykonawcy EK – nie zasługuje na uwzględnienie.

Izba stwierdza, że zamawiający ustanowił w dziale 4 ust. 4.2 pkt 3 lit. a (str. 18) SIWZ warunek udziału w postępowaniu w zakresie zdolności technicznej lub zawodowej. Do spełnienia tego warunku wykonawca musiał wykazać, że »w ciągu ostatnich 3 lat przed upływem terminu składania ofert […] wykonał lub wykonuje co najmniej jedną usługę odbioru odpadów komunalnych z nieruchomości, na których zamieszkują mieszkańcy w sposób ciągły przez okres minimum 12 miesięcy o masie łącznej min. 2000 Mg«. Z tego postanowienia wynikało, że przesłankami spełniania warunku było dla zamawiającego wykazanie przez wykonawcę wykonania co najmniej [1] jednej usługi odbioru odpadów komunalnych z nieruchomości, na których zamieszkują mieszkańcy [2] w sposób ciągły [3] przez minimum 12 miesięcy [4] o masie łącznej odpadów minimum 2000 Mg.

Zamawiający nie wymagał aby [1] usługa była prowadzona na podstawie jednej umowy, ale aby dotyczyła jednego ogólnie określonego przedmiotu zamówienia. Wykonawca EK przedstawił taką [1] usługę wykonaną dla zamawiającego Miasto i Gmina Gąbin na podstawie dwóch umów zawartych w trybie z wolnej ręki i przetargu nieograniczonego, które obejmowały [2] nieprzerwany [3] okres 12 miesięcy. Do odpowiednich umów wykonawca EK dołączył referencje od zamawiającego Miasta i Gminy Gąbin.

Przedmiot zamówienia był na tyle ogólnie określony przez zamawiającego, że różnice w szczegółowych postanowieniach umów można uznać za nie mające znaczenia dla rozpoznawanego postępowania zamówieniowego i tak też postępuje Izba. Tym samym wykonawca EK spełnił przesłanki pierwszą, drugą i trzecią warunku zdolności technicznej lub zawodowej, co kwestionował odwołujący. Czwarta przesłanka – masa odpadów minimum 2000 Mg – nie była kwestionowana.

W związku z zasadnym uwzględnieniem przez zamawiającego spełnienia warunku zdolności technicznej lub zawodowej przez wykonawcę EK – zamawiający nie miał podstaw do wszczynania procedury z art. 26 ust. 3 SPzp i wzywania wykonawcy EK złożenia, uzupełnienia lub poprawienia dokumentów bądź do udzielania wyjaśnień. Art. 26 ust. 3 SPzp brzmi »Jeżeli wykonawca nie złożył oświadczenia, o którym mowa w art. 25a ust. 1, oświadczeń lub dokumentów potwierdzających okoliczności, o których mowa w art. 25 ust. 1, lub innych dokumentów niezbędnych do przeprowadzenia postępowania, oświadczenia lub dokumenty są niekompletne, zawierają błędy lub budzą wskazane przez zamawiającego wątpliwości, zamawiający wzywa do ich złożenia, uzupełnienia lub poprawienia lub do udzielania wyjaśnień w terminie przez siebie wskazanym, chyba że mimo ich złożenia, uzupełnienia lub poprawienia lub udzielenia wyjaśnień oferta wykonawcy podlega odrzuceniu albo konieczne byłoby unieważnienie postępowania«.

Dlatego w ocenie Izby zarzut trzeci naruszenia art. 26 ust. 3 SPzp – nie zasługuje na uwzględnienie.

W ocenie Izby zarzut czwarty naruszenia art. 91 ust. 1 SPzp – przez dokonanie wyboru jako najkorzystniejszej oferty, złożonej przez wykonawcę EK, który nie został właściwie zbadany pod kątem spełniania warunków i braku postaw wykluczenia oraz rażąco niskiej ceny [RNC] – nie zasługuje na uwzględnienie.

Izba stwierdza, że zamawiający nie mając podstaw do wykluczenia wykonawcy EK z postępowania zamówieniowego oraz nie mając podstaw do odrzucenia oferty wykonawcy EK (o czym wyżej) właściwie dopuścił ofertę do etapu badania i oceny ofert, a podział postępowania zamówieniowego wynika z art. 20 ust. 1 SPzp, który to przepis brzmi »Komisja przetargowa jest zespołem pomocniczym kierownika zamawiającego powoływanym do oceny spełniania przez wykonawców warunków udziału w postępowaniu o udzielenie zamówienia oraz do badania i oceny ofert«. Podczas wykonywania czynności badania i oceny ofert zamawiający wybrał najkorzystniejszą ofertę, zgodnie z art. 91 ust. 1 SPzp, który to przepis brzmi »Zamawiający wybiera ofertę najkorzystniejszą na podstawie kryteriów oceny ofert określonych w specyfikacji istotnych warunków zamówienia«. Zamawiający wybrał zasadnie jako najkorzystniejszą ofertę złożoną przez wykonawcę EK. Tym samym zamawiający postępując zgodnie z przepisami nie naruszył tych przepisów, a szczególnie zamawiający nie naruszył art. 91 ust. 1 SPzp.

W związku z tym w ocenie Izby zarzut czwarty naruszenia art. 91 ust. 1 SPzp – nie zasługuje na uwzględnienie.

Zamawiający – podczas prowadzenia postępowania – nie naruszył wskazanych przez odwołującego przepisów ustawy z dnia 29 stycznia 2004 r. – Prawo zamówień publicznych.

Z tych względów oddalono odwołanie, jak w sentencji.

O kosztach postępowania odwoławczego Izba orzekła na podstawie art. 557 i art. 575 ustawy z dnia 11 września 2019 r. – Prawo zamówień publicznych oraz na podstawie § 2 ust. 2 pkt 1, § 5 ust. 1 i 2 lit. b oraz § 8 ust. 2 pkt 1 rozporządzenia Prezesa Rady Ministrów w sprawie szczegółowych rodzajów kosztów postępowania odwoławczego, ich rozliczania oraz wysokości i sposobu pobierania wpisu od odwołania z 30 grudnia 2020 r. (Dz. U. z 2020 r. poz. 2437), zaliczając w poczet kosztów postępowania odwoławczego kwotę uiszczoną przez odwołującego tytułem wpisu od odwołania oraz wynagrodzenie i wydatki jednego pełnomocnika, jednak nieprzekraczające łącznie kwoty 3 600 złotych.

Przewodniczący:……