lSygn. akt KIO 69/22

WYROK

z dnia 25 stycznia 2022 r.

Krajowa lzba Odwoławcza - w składzie:

Przewodniczący: Maksym Smorczewski

Protokolant: Mikołaj Kraska

po rozpoznaniu na rozprawie w dniu 24 stycznia 2022 r. w Warszawie odwołania wniesionego do Prezesa Krajowej lzby Odwoławczej w dniu 10 stycznia 2022 r. przez wykonawcę Małopolskie Przedsiębiorstwo Gospodarki Odpadami spółkę z ograniczoną

odpowiedzialnością z siedzibą w Krakowie

w postępowaniu prowadzonym przez Gminę Dobczyce

przy udziale wykonawcy A. Z. prowadzącego działalność gospodarczą pod nazwą „ANBUD" Firma Usługowo-Handlowa A. Z. zgłaszającego przystąpienie do postępowania odwoławczego po stronie zamawiającego

orzeka:

1. oddala odwołanie,

2. kosztami postępowania obciąża Małopolskie Przedsiębiorstwo Gospodarki Odpadami

   spółkę z ograniczoną odpowiedzialnością z siedzibą w Krakowie i:

   2.1. zalicza w poczet kosztów postępowania odwoławczego kwotę 15 000 zł 00 gr (słownie: piętnaście tysięcy złotych zero groszy) uiszczoną przez Małopolskie Przedsiębiorstwo Gospodarki Odpadami spółkę z ograniczoną odpowiedzialnością

   z siedzibą w Krakowie tytułem wpisu od odwołania,

   2.2. zasądza od Małopolskie Przedsiębiorstwo Gospodarki Odpadami spółka z ograniczoną odpowiedzialnością z siedzibą w Krakowie na rzecz Gminy Dobczyce kwotę 1 230 zł 00 gr (słownie: tysiąc dwieście trzydzieści złotych zero groszy) stanowiącą uzasadnione koszty postępowania odwoławczego poniesione z tytułu wynagrodzenia pełnomocnika.

Stosownie do art. 579 ust. 1 i art. 580 ust. 1 i 2 ustawy z dnia 11 września 2019 r. - Prawo zamówień publicznych (Dz. U. z 2021 r., poz. 1129 z późn. zm.) na niniejszy wyrok - w terminie 14 dni od dnia jego doręczenia - przysługuje skarga za pośrednictwem Prezesa Krajowej lzby Odwoławczej do Sądu Okręgowego w Warszawie.

Przewodniczący: .....

Sygn. akt: KIO 69/22

UZASADNIENIE

W dniu 10 stycznia 2022 r. do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej wpłynęło odwołanie wykonawcy - Małopolskie Przedsiębiorstwo Gospodarki Odpadami spółka z ograniczoną odpowiedzialnością z siedzibą w Krakowie (dalej jako „Odwołujący") - na

czynność zamawiającego - Gminy Dobczyce (dalej jako „Zamawiający) dokonaną w postępowaniu o udzielenie zamówienia publicznego pod nazwą „świadczenie usług odbioru i zagospodarowania odpadów komunalnych powstałych na nieruchomościach, na których zamieszkują mieszkańcy, nieruchomościach, na których znajdują się domki letniskowe i innych nieruchomościach wykorzystywanych na cele rekreacyjno-wypoczynkowe położonych na terenie Gminy Dobczyce oraz pochodzących z Punktu Selektywnego Zbierania Odpadów Komunalnych w Dobczycach, w terminie od 01.01.2022r. do 31.12.2022r." - wezwanie Odwołującego do złożenia wyjaśnień rażąco niskiej ceny w odniesieniu do pozycji „przeterminowane leki i chemikalia", „zużyte baterie i akumulatory" oraz pozycji „odpady budowlane i rozbiórkowe". Odwołujący zarzucił „naruszenie art. 224 ust. 1 PZP w zw. z art. 16 pkt 1 PZP przez wezwanie Odwołującego do złożenia wyjaśnień w zakresie pozycji „przeterminowane leki i chemikalia", „zużyte baterie i akumulatory" oraz pozycji „odpady budowalne i rozbiórkowe" w sytuacji, gdy pozycje te nie mogą być uznane za „istotne części składowe", a więc mimo braku istnienia ku temu podstawy prawnej, co jednocześnie świadczy o prowadzeniu postępowania w sposób naruszający zasady uczciwej konkurencji i równego traktowania wykonawców", wnosząc o:

1) uwzględnienie odwołania,

2) nakazanie Zamawiającemu unieważnienia czynności wezwania do złożenia wyjaśnień na podstawie art. 224 ust. 1 PZP w zakresie pozycji „zużyte baterie i akumulatory", „przeterminowane leki i chemikalia" oraz „odpady budowlane i rozbiórkowe",

3) dopuszczenie i przeprowadzenie dowodów wskazanych w treści odwołania,

4) zasądzenie od Zamawiającego na rzecz Odwołującego kosztów postępowania odwoławczego, w tym kosztów zastępstwa prawnego.

Zamawiający wniósł o odrzucenie odwołania, względnie oddalenie odwołania w całości.

Do postępowania odwoławczego po stronie Zamawiającego przystąpił wykonawca

A. Z. działający pod firmą ANBUD Firma Usługowo-Handlowa A. Z. (dalej jako

„Przystępujacy"). Przystępujący poparł stanowisko Zamawiającego i wniósł odrzucenie odwołania, względnie o oddalenie odwołania.

Izba ustaliła, co następuje:

Zamawiający prowadzi postępowanie o udzielenie zamówienia publicznego pod

nazwą „świadczenie usług odbioru i zagospodarowania odpadów komunalnych powstałych na nieruchomościach, na których zamieszkują mieszkańcy, nieruchomościach, na których znajdują się domki letniskowe i innych nieruchomościach wykorzystywanych na cele rekreacyjno-wypoczynkowe położonych na terenie Gminy Dobczyce oraz pochodzących z Punktu Selektywnego Zbierania Odpadów Komunalnych w Dobczycach, w terminie od 01.01.2022r. do 31.12.2022r." (dalej jako „Postępowanie"). Zamawiający prowadzi postępowanie o udzielenie zamówienia publicznego z zastosowaniem przepisów ustawy z dnia 19 września 2019 r. Prawo zamówień publicznych (dalej jako „Pzp") w trybie przetargu nieograniczonego. Wartość zamówienia przekracza progi unijne, o których mowa w art. 3 ust. 1 Pzp. Ogłoszenie o zamówieniu zostało opublikowane 5 października 2021 r. w Dzienniku Urzędowym Unii Europejskiej pod numerem 2021/S 193-502945.

Zgodnie z rozdziałem III specyfikacji warunków zamówienia (dalej jako „SWZ"), „przedmiotem zamówienia jest: „Świadczenie usług odbioru i zagospodarowania odpadów komunalnych powstałych na nieruchomościach, na których zamieszkują mieszkańcy,

nieruchomościach, na których znajdują się domki letniskowe i innych nieruchomościach wykorzystywanych na cele rekreacyjno-wypoczynkowe położonych na terenie Gminy Dobczyce oraz pochodzących z Punktu Selektywnego Zbierania Odpadów Komunalnych w Dobczycach, w terminie od 01.01.2022r. do 31.12.2022r: 1. Świadczenie usługi odbioru odpadów komunalnych, z terenu gminy i Miasta Dobczyce powstających na terenie: 2. nieruchomości zamieszkałych, o których mowa w art. 6c ust.1 ustawy o utrzymaniu czystości i porządku w gminach 3. nieruchomości niezamieszkałych na których znajdują się domki letniskowe lub inne nieruchomości wykorzystywane na cele rekreacyjno-wypoczynkowe i o których mowa w art. 6 j ust. 3b, 4. Odbiór odpadów komunalnych przyjętych w Punkcie Selektywnego Zbierania Odpadów Komunalnych", a „ szczegółowy opis oraz sposób realizacji zamówienia zawiera OPZ, stanowiący Załącznik nr 8 do SWZ".

W pkt 3.1. załącznika nr 8 do SWZ zostało określone, że „wykonawca podczas realizacji usługi jest zobowiązany w szczególności do: 1) odbioru i zagospodarowania całej ilości wytworzonych na Nieruchomościach następujących frakcji odpadów komunalnych:

a) niesegregowane (zmieszane) odpady komunalne, b) papier; c) metal; d) tworzywa sztuczne; e) odpady opakowaniowe wielomateriałowe; f) szkło; g) bioodpady; h) odpady niebezpieczne; i) przeterminowane leki i chemikalia; j) odpady niekwalifikujące się do odpadów medycznych powstałych w gospodarstwie domowym w wyniku przyjmowania produktów leczniczych w formie iniekcji i prowadzenia monitoringu poziomu substancji we krwi, w szczególności igieł i strzykawek; k)zużyte baterie i akumulatory; l) zużyty sprzęt elektryczny i elektroniczny; m) meble i inne odpady wielkogabarytowe; n) zużyte opony - 4 sztuki na rok na nieruchomość, o) odpady tekstyliów i odzieży. 2) zagospodarowania odpadów odebranych z Nieruchomości z uwzględnieniem obowiązujących przepisów w tym postępowania z odpadami zgodnie z hierarchią, o której mowa w art. 17 ustawy z dnia 14 grudnia 2012 r. o odpadach" oraz że „Wykonawca jest zobowiązany do: 1) odbioru i zagospodarowania pochodzących z PSZOK w Dobczycach odpadów komunalnych następujących frakcji: a) papier; b) metal; c) tworzywa sztuczne; d) szkło; e) odpady opakowaniowe wielomateriałowe; f) odpady niebezpieczne; g) przeterminowane leki i chemikalia; h) odpady niekwalifikujące się do odpadów medycznych powstałe w gospodarstwie domowym w wyniku przyjmowania produktów leczniczych w formie iniekcji i prowadzenia monitoringu poziomu substancji we krwi, w szczególności igieł i strzykawek; i) zużyte baterie i akumulatory; j) zużyty sprzęt elektryczny i elektroniczny; k) meble i inne odpady wielkogabarytowe - 300 kg na rok na nieruchomość; l) zużyte opony - 4 sztuki na rok na nieruchomość; m) odpady budowlane i rozbiórkowe - 300 kg na rok na nieruchomość; n) odpady tekstyliów i odzieży. 2) zagospodarowania odpadów odebranych z PSZOK z uwzględnieniem obowiązujących przepisów w tym przekazywania selektywnie zebranych odpadów komunalnych do instalacji odzysku lub unieszkodliwiania odpadów lub do instalacji zastępczych, o których mowa w § 1 ust. 9 umowy, zgodnie z hierarchią sposobów postępowania z odpadami, o której mowa w art. 17 ustawy z dnia 14 grudnia 2012 r. o odpadach".

W pkt 1 - 3 rozdziału XII SWZ określono, że „Wykonawca podaje cenę ofertową brutto na Formularzu Ofertowym, stanowiącym Załącznik nr 1 do SWZ", „wynagrodzenie Wykonawcy będzie miało postać stawek ryczałtowych za odbiór 1 tony odpadów poszczególnych frakcji w cyklu miesięcznym" oraz że „wskazana przez Wykonawcę stawka wynagrodzenia ryczałtowego za odbiór 1 tony odpadów musi uwzględniać wszystkie koszty związane z realizacją przedmiotu zamówienia zgodnie z opisem przedmiotu zamówienia oraz postanowieniami umowy określonymi w niniejszej SWZ. Cena winna obejmować w szczególności koszty prac związanych z przygotowaniem do realizacji usługi, zabezpieczenie kosztów dotyczących materiałów niezbędnych do świadczenia usługi, wyposażenia stanowisk pracy osób realizujących usługę, koszty związane z ubezpieczeniami, zakładane marże, koszt ryzyk pojawiających się podczas realizacji zamówienia jakie na obecnym etapie postępowania mogą być zidentyfikowane. Cena ofertowa brutto musi uwzględniać wszystkie koszty związane z realizacją przedmiotu zamówienia zgodnie z opisem przedmiotu zamówienia wskazanym w OPZ oraz wzorem

umowy".

Formularz ofertowy, stanowiący załącznik nr 1 do SWZ, zawierał tabelę „Kalkulacja ceny oferty", zawierającą wiersze:

1) l.p. 9, w którym w kolumnie A „Rodzaje odpadów" wpisano „zużyte baterie i akumulatory", a w kolumnie C „Szacowana ilość odpadów komunalnych w Mg do odebrania i zagospodarowania z terenu Gminy Dobczyce z nieruchomości, na których zamieszkują mieszkańcy oraz z PSZOK w 2021r." wpisano „0,5",

2) l.p 10, w którym w kolumnie A wpisano „przeterminowane leki i chemikalia", a w kolumnie C „1",

3) l.p.13, w którym w kolumnie A wpisano „odpady budowalne i rozbiórkowe”, a w kolumnie C „120”.

W § 16 ust. 1 załącznika nr 7 do SWZ „Projektowane postanowienia umowy” wskazano, że „ustala się następujące ceny jednostkowe za odbiór, transport

i zagospodarowanie odpadów komunalnych: a) niesegregowane (zmieszane) .... brutto (słownie: .../100) w tym należny podatek VAT w wysokości 8 % za 1 Mg, b) papier ... zł brutto (słownie: ./100) w tym należny podatek VAT w wysokości 8 % za 1 Mg; c) metal, tworzywa sztuczne, opakowania wielomateriałowe . zł brutto (słownie: ../100) w tym należny podatek VAT w wysokości 8 % za 1 Mg, d) szkło ..zł brutto (słownie: ..00/100) w tym należny podatek VAT w wysokości 8 % za 1 Mg, e) bioodpady .. brutto (słownie: . 00/100) w tym należny podatek VAT w wysokości 8 % za 1 Mg, f) odpady niebezpieczne . brutto (słownie: ..00/100) w tym należny podatek VAT w wysokości 8 % za 1 Mg, g) przeterminowane leki i chemikalia .. brutto (słownie: . 00/100) w tym należny podatek VAT w wysokości 8 % za 1 Mg, h) odpady niekwalifikujące się do odpadów medycznych powstałych w gospodarstwie domowym w wyniku przyjmowania produktów leczniczych w formie iniekcji i prowadzenia monitoringu poziomu substancji we krwi, w szczególności igieł i strzykawek .. zł brutto (słownie: .. zł 00/100) w tym należny podatek VAT w wysokości 8 % za 1 Mg, i) zużyte baterie i akumulatory ..brutto (słownie: d..00/100) w tym należny podatek VAT w wysokości 8 % za 1 Mg, j) zużyty sprzęt elektryczny i elektroniczny . zł brutto (słownie: . 00/100) w tym należny podatek VAT w wysokości 8 % za 1 Mg, k) meble i inne odpady wielkogabarytowe ..zł brutto (słownie: .. 00/100) w tym należny podatek VAT w wysokości 8 % za 1 Mg, l) zużyte opony .. zł brutto (słownie: ..00/100) w tym należny podatek VAT w wysokości 8 % za 1 Mg, m) odpady budowlane i rozbiórkowe .. zł brutto (słownie: .. 00/100) w tym należny podatek VAT w wysokości 8 % za 1 Mg, n) odpady

tekstyliów i odzieży ... zł brutto (słownie... zł 00/100) w tym należny podatek VAT w wysokości 8 % za 1 Mg”, zaś w § 16 ust. 4 załącznika nr 7 do SWZ, iż „Wynagrodzenie

Wykonawcy z tytułu realizacji usług objętych umową w miesiącu obliczeniowym stanowić będzie iloczyn cen jednostkowych, o których mowa w ust. 1 i ilości Mg odpadów poszczególnych frakcji wywiezionych z Nieruchomości oraz z PSZOK określonych na podstawie zaakceptowanego zestawienia o którym mowa w § 8 ust. 2 Umowy.”

W złożonej w Postępowaniu ofercie (Formularzu ofertowym) Odwołujący zaoferował wykonanie zamówienia za cenę 3.818.900 złotych netto, 4.124.412 zł brutto, zaś w tabeli „Kalkulacja ceny oferty” w wierszach:

1) l.p. 9 w kolumnie B „Cena jednostkowa netto za odebranie i zagospodarowanie 1 Mg odpadów w zł” wpisał „1 000,00”,

2) l.p 10 w kolumnie B wpisał „6 000,00”,

3) l.p.13 w kolumnie B wpisał „250,00”.

Wyrokiem z dnia 26 listopada 2021 r. wydanym w sprawie sygn. KIO 3333/21 Krajowa Izba Odwoławcza uwzględniła odwołanie i nakazała Zamawiającemu odrzucenie oferty Przystępującego na podstawie art. 226 ust. 1 pkt 5 ustawy Prawo zamówień

publicznych oraz kosztami postępowania obciążyła Zamawiającego.

W dniu 29 grudnia 2021 r. Zamawiający wezwał Odwołującego „do wyjaśnień treści złożonej oferty w związku z podejrzeniem zaoferowania rażąco niskiej ceny”, wskazując, że „wątpliwości Zamawiającego w zakresie wskazanych w ofercie cen jednostkowych budzą następujące pozycje: Pozycja nr 9 - zużyte baterie i akumulatory Pozycja nr 10 - przeterminowane leki i chemikalia Pozycja nr 13 - odpady budowlane i rozbiórkowe” oraz że „wnosimy o udzielenie wyczerpujących wyjaśnień w zakresie ww. pozycji w celu wykazania, że złożona przez Państwa oferta nie zawiera rażąco niskiej ceny, ze szczególnym uwzględnieniem art. 224 ust. 3 pkt. 1, 2, 3, 4, 5, 6, 7”.

W dniu 10 stycznia 2022 r. Odwołujący złożył wyjaśnienia w zakresie wyliczenia części składowych zaoferowanej ceny w zakresie ceny (wynagrodzenia) za odbiór i zagospodarowanie odpadów rodzajów „zużyte baterie i akumulatory”, „przeterminowane

leki i chemikalia” oraz „odpady budowlane i rozbiórkowe” wraz z dowodami.

Stan faktyczny w sprawie, w szczególności treść SWZ i oferty Odwołującego, nie były sporne między Stronami i Przystępującym.

Ustalając stan faktyczny Izba oparła się na dokumentach zawartych w dokumentacji postępowania oraz kopii wyroku Krajowej Izby Odwoławczej z dnia 26.11.2021 r. wydanego w sprawie sygn. KIO 3333/21, stanowiącego załącznik nr 1 do pisma Zamawiającego z dnia 24 stycznia 2022 roku.

Izba nie wzięła przy tym pod uwagę dokumentów stanowiących załączniki do pisma Zamawiającego z dnia 24 stycznia 2022 roku (z wyłączeniem kopii wyroku Krajowej Izby Odwoławczej z dnia 26.11.2021 r. wydanego w sprawie sygn. KIO 3333/21, stanowiącego załącznika nr 1) które były bez znaczenia dla ustalenia faktów istotnych dla rozpoznania niniejszej sprawy - w szczególności wykazując jakie czynności w Postępowaniu i w jakim terminie zostały dokonane przez Zamawiającego w okresie od dnia wydania przez Izbę wyroku w sprawie o sygn. KIO 3333/21 a dniem dokonania wezwania do wyjaśnień, którego dotyczyło odwołanie, tj. 29 grudnia 2021 roku.

Izba zważyła, co następuje:

Izba stwierdziła, że Odwołującemu przysługiwało prawo do skorzystania ze środka ochrony prawnej, gdyż ma on interes w uzyskaniu zamówienia oraz może ponieść szkodę w wyniku naruszenia przez zamawiającego przepisów ustawy, jak również, że nie zachodzi żadna z przesłanek skutkujących odrzuceniem odwołania, określonych w art. 528 Pzp.

Izba nie uznała za zasadne zarzutów Zamawiającego, iż brak jest podstaw do uznania, że Odwołujący wykazał interes w uzyskaniu zamówienia lub może ponieść szkodę, oraz co do wystąpienia przesłanek określonych w art. 528 ust. 2) Pzp i art. 528 ust. 5) Pzp.

Istotnie, w odwołaniu wskazano, iż „Odwołujący ma interes w uzyskaniu zamówienia - jest wykonawcą, który złożył najkorzystniejszą ofertę”. Okoliczność, że oferta odwołującego nie została wybrana jako najkorzystniejsza, nie oznacza jednak - jak podnosił Zamawiający, że twierdzenie to jest nieuprawnione. Odwołujący nie twierdził, że jego oferta została wybrana jako najkorzystniejsza, a wyłącznie że „złożył najkorzystniejszą ofertę”, co w sytuacji, gdy w postępowaniu złożono wyłącznie dwie oferty, a jedną z tych ofert Zamawiający odrzucił (wskutek czego oferta Odwołującego była jedyną ofertą podlegającą badaniu i ocenie w dniu składania odwołania), nie powinno być uznane za twierdzenie nieuprawnione. W niniejszej sprawie wystarczające dla przyjęcia, że Odwołujący ma interes w uzyskaniu zamówienia jest to, że złożył on ofertę w Postępowaniu, a oferta ta nie została odrzucona.

W ocenie Izby należało uznać, że Odwołujący może ponieść szkodę w wyniku naruszenia przez zamawiającego przepisów ustawy. W sytuacji, gdy do chwili zamknięcia rozprawy Zamawiający nie zakończył analizy złożonych przez Odwołującego wyjaśnień w zakresie wyliczenia części składowych zaoferowanej ceny w zakresie ceny (wynagrodzenia) za odbiór i zagospodarowanie odpadów rodzajów „zużyte baterie i akumulatory”, „przeterminowane leki i chemikalia” oraz „odpady budowlane i rozbiórkowe” wraz z dowodami, uwzględnienie odwołania i nakazanie Zamawiającemu unieważnienia czynności wezwania do złożenia wyjaśnień na podstawie art. 224 ust. 1 PZP „w zakresie pozycji „zużyte baterie i akumulatory”, „przeterminowane leki i chemikalia” oraz „odpady budowlane i rozbiórkowe”” wykluczałoby możliwość przyjęcia, że złożone przez Odwołującego wyjaśnienia wraz z dowodami nie uzasadniają podanej w ofercie ceny w zakresie ceny (wynagrodzenia) za odbiór i zagospodarowanie odpadów ww. rodzajów, a w konsekwencji nie zaistniałaby podstawa do odrzucenia oferty Odwołującego na podstawie art. 226 ust. 1 pkt 8) Pzp ze względu na to, że oferta Odwołującego w ww. zakresie zawiera rażąco niską cenę w stosunku do przedmiotu zamówienia, co uniemożliwiałoby Odwołującemu uzyskanie zamówienia.

Biorąc pod uwagę, że w odwołaniu zarzucono wyłącznie „naruszenie art. 224 ust. 1 PZP w zw. z art. 16 pkt 1 PZP przez wezwanie Odwołującego do złożenia wyjaśnień w zakresie pozycji „przeterminowane leki i chemikalia”, „zużyte baterie i akumulatory” oraz pozycji „odpady budowalne i rozbiórkowe””, dla oceny możliwości poniesienia przez Odwołującego szkody w wyniku naruszenia przez zamawiającego przepisów ustawy bez znaczenia było jakie czynności w Postępowaniu i w jakim terminie zostały dokonane przez Zamawiającego w okresie od dnia wydania przez Izbę wyroku w sprawie o sygn. KIO

3333/21 a dniem dokonania wezwania do wyjaśnień, którego dotyczyło odwołanie, tj. 29 grudnia 2021 roku.

Mając na uwadze powyższe, w szczególności, że Odwołujący jest wykonawcą, który złożył ofertę, która nie została odrzucona, a także, iż odwołanie zostało złożone na czynność Zamawiającego skierowaną do Odwołującego i podpisane przez osoby uprawnione do reprezentacji Odwołującego, Odwołujący był uprawniony do wniesienia odwołania, wobec czego nie zasługiwało na aprobatę twierdzenie Zamawiającego, że wystąpiła przesłanka określona w art. 528 ust. 2) Pzp, nakazująca Izbie odrzucenie odwołania, jeżeli stwierdzi, że odwołanie zostało wniesione przez podmiot nieuprawniony.

Niezasadny był również zarzut, iż odwołanie podlega odrzuceniu na podstawie art. 528 ust. 5) Pzp, ponieważ dotyczy czynności, którą zamawiający wykonał zgodnie z treścią wyroku Izby w sprawie o sygn. KIO 3333/21. Wyrokiem tym Izba nakazała Zamawiającemu dokonanie innej czynności (odrzucenie oferty Przystępującego) niż ta, na którą wniesiono odwołanie w niniejszej sprawie, i na innej podstawie prawnej (art. 226 ust. 1 pkt 5 Pzp) niż podstawa prawna czynności na którą wniesiono przedmiotowe odwołanie, nie ma podstaw do uznania, że czynność polegająca na wezwaniu odwołującego do złożenia wyjaśnień na podstawie art. 224 ust. 1 Pzp jest czynnością wykonaną przez Zamawiającego zgodnie z treścią ww. wyroku.

Izba nie uznała ponadto, że odwołanie powinno zostać oddalone z tego względu, iż nawet w przypadku stwierdzenia, że doszło do naruszenia powołanych w odwołaniu przepisów Pzp, naruszenie to nie ma ani nie może mieć istotnego wpływ na wynik Postępowania. Jak wskazano powyżej, do chwili zamknięcia rozprawy Zamawiający nie zakończył analizy złożonych przez Odwołującego wyjaśnień w zakresie wyliczenia części składowych zaoferowanej ceny w zakresie ceny (wynagrodzenia) za odbiór i zagospodarowanie odpadów rodzajów „zużyte baterie i akumulatory", „przeterminowane leki i chemikalia" oraz „odpady budowlane i rozbiórkowe" wraz z dowodami. W konsekwencji, w przypadku stwierdzenia naruszenia powołanych w odwołaniu przepisów Pzp i nakazania Zamawiającemu unieważnienia czynności wezwania do złożenia wyjaśnień na podstawie art. 224 ust. 1 PZP w zakresie pozycji „zużyte baterie i akumulatory", „przeterminowane leki i chemikalia" oraz „odpady budowlane i rozbiórkowe" nie byłoby możliwe przyjęcie, że złożone przez Odwołującego wyjaśnienia wraz z dowodami nie uzasadniają podanej w ofercie ceny w zakresie ceny (wynagrodzenia) za odbiór i zagospodarowanie odpadów ww. rodzajów, a w konsekwencji odrzucenie oferty Odwołującego na podstawie art. 226 ust. 1 pkt 8) Pzp - co niewątpliwie miałoby wpływ na wynik Postępowania.

Po zapoznaniu się z argumentacją Stron i Przystępującego, wyrażoną w pismach wniesionych w postępowaniu odwoławczym oraz przedstawioną w trakcie posiedzenia i rozprawy w dniu 24 stycznia 2022 roku Izba uznała, że odwołanie nie zasługuje na uwzględnienie.

Zawarty w odwołaniu zarzut naruszenia art. 224 ust. 1 Pzp w zw. z art. 16 pkt 1 Pzp nie jest zasadny. Odwołujący podnosił, że przepisy te narusza wezwanie go do złożenia wyjaśnień rażąco niskiej ceny w odniesieniu do pozycji, które stanowią: „pozycja 9 „zużyte baterie i akumulatory" - 0,013 % ceny ofertowej", „pozycja 10 „przeterminowane leki i chemikalia" - 0,156% ceny ofertowej", „pozycja 13 „odpady budowlane i rozbiórkowe" - 0,78 % ceny ofertowej". Z treści odwołania wynika, że zdaniem Odwołującego nie stanowią „istotnych części składowych" oferty Odwołującego „pozycje stanowiące 0,013%, 0,156% i 0,78% ceny ofertowej".

Istotą sporu niniejszej sprawie była kwestia, czy ceny jednostkowe netto za odebranie i zagospodarowanie 1 Mg odpadów rodzajów „zużyte baterie i akumulatory", „przeterminowane leki i chemikalia" i „odpady budowalne i rozbiórkowe", określone w ofercie Odwołującego, stanowią istotne części składowe zaoferowanej przez niego ceny w rozumieniu art. 224 ust. 1 Pzp.

Zgodnie z tym przepisem, „jeżeli zaoferowana cena lub koszt, lub ich istotne części składowe, wydają się rażąco niskie w stosunku do przedmiotu zamówienia lub budzą wątpliwości zamawiającego co do możliwości wykonania przedmiotu zamówienia zgodnie

z wymaganiami określonymi w dokumentach zamówienia lub wynikającymi z odrębnych przepisów, zamawiający żąda od wykonawcy wyjaśnień, w tym złożenia dowodów w zakresie wyliczenia ceny lub kosztu, lub ich istotnych części składowych". Przepisy Pzp nie określają, jakie części składowe ceny należy uznać za istotne ani według jakich kryteriów należy dokonywać oceny istotności części składowej ceny. Zdaniem Izby, przez użyte w tym przepisie sformułowanie „istotna część składowa zaoferowanej ceny" nie należy uznawać wyłącznie takiej części składowej ceny, która stanowi istotny ułamek ceny oferty, ale również część składową ceny oferty, będącą ceną (wynagrodzeniem) za wykonanie świadczenia, które ma istotne znaczenie merytoryczne.

Określanie, czy dana część składowa ceny jest istotna wyłącznie na podstawie określania jej stosunku do ceny oferty prowadziłoby do tego, że im niższa byłaby określona w ofercie część składowa ceny, tym mniejszy ułamek ceny oferty ta część by stanowiła. W konsekwencji, w sytuacji, gdy przedmiot zamówienia obejmuje wykonanie różnych świadczeń, możliwe byłoby kształtowanie oferty w taki sposób, aby cena za wykonanie danego świadczenia objętego przedmiotem zamówienia nie stanowiła istotnego ułamka ceny oferty, a więc nie była istotną częścią składową zaoferowanej ceny. Zatem to wykonawca sporządzając ofertę faktycznie decydowałby, która część składowa ceny jest istotna. Przyjmując, że art. 224 ust. 1 Pzp nie uprawnia zamawiającego do badania i oceny oferty w zakresie tej części ceny, która nie jest istotna, w przypadku złożenia w postępowaniu więcej niż jednej oferty, skutkowałoby to dokonywaniem badania i oceny poszczególnych ofert w sposób odmienny, co jest nie do pogodzenia z obowiązkiem przeprowadzenia postępowania o udzielenie zamówienia w sposób zapewniający równe traktowanie wykonawców, określonym w art. 16 Pzp. Nie można więc uznać za trafne stanowiska Odwołującego, że ceny jednostkowe netto za odebranie i zagospodarowanie 1 Mg odpadów rodzajów „zużyte baterie i akumulatory", „przeterminowane leki i chemikalia" i „odpady budowalne i rozbiórkowe", określone w ofercie Odwołującego, stanowiące - jak wskazywał Odwołujący - „0,013 %, 0,156 % i 0,78 % ceny ofertowej"), ze względu na stosunek poszczególnych cen jednostkowych do ceny oferty, nie stanowią istotnych części składowych zaoferowanej przez niego ceny w rozumieniu art. 224 ust. 1 Pzp.

Izba w składzie rozpoznającym niniejszą sprawę podziela w tym zakresie stanowisko Izby przyjęte w wyrokach z dnia 3 grudnia 2020 r. wydanym w sprawie o sygn. KIO 2974/20 czy z dnia 9 lipca 2021 r. wydanym w sprawie o sygn. KIO 1629/21 KIO 1638/21. W konsekwencji oceny, czy dana część składowa ceny stanowi część istotną, należy dokonywać z uwzględnieniem treści dokumentów zamówienia.

Z treści postanowień SWZ, w szczególności pkt 2 rozdziału XII SWZ oraz § 16 ust. 1 i 4 załącznika nr 7 do SWZ wynika, że wysokość wynagrodzenia, które Zamawiający będzie płacił wykonawcy, z którym zostanie zawarta umowa w wyniku przeprowadzenia Postępowania, będzie uzależniona od ilości (masy) poszczególnych rodzajów odpadów wymienionych w § 16 ust. 1 i 4 załącznika nr 7 do SWZ oraz w tabeli „Kalkulacja ceny oferty" zawartej w Formularzu ofertowym, stanowiącym załącznik nr 1 do SWZ.

Należy przy tym wskazać, że w ocenie Izby oczywistym jest, iż w tabeli „Kalkulacja ceny oferty" zawartej w Formularzu ofertowym, stanowiącym załącznik nr 1 do SWZ, w kolumnie C wystąpił błąd polegający na wpisaniu sformułowania „2021r." zamiast „2022 r.". W konsekwencji cena oferty była obliczana jako suma iloczynów cen jednostkowych netto za odebranie i zagospodarowanie 1 Mg poszczególnych rodzajów odpadów i szacowanych ilości poszczególnych rodzajów odpadów komunalnych do odebrania i zagospodarowania z terenu Gminy Dobczyce z nieruchomości, na których zamieszkują mieszkańcy oraz z PSZOK w 2022 roku (w Mg).

Zgodnie z pkt 3 rozdziału XII SWZ, „wskazana przez Wykonawcę stawka wynagrodzenia ryczałtowego za odbiór 1 tony odpadów musi uwzględniać wszystkie koszty związane z realizacją przedmiotu zamówienia zgodnie z opisem przedmiotu zamówienia oraz postanowieniami umowy określonymi w niniejszej SWZ".

Odbiór i zagospodarowanie odpadów rodzajów „zużyte baterie i akumulatory", „przeterminowane leki i chemikalia" i „odpady budowalne i rozbiórkowe" nie mogą zostać uznane za świadczenia nieistotne w ramach przedmiotu zamówienia. Nie są one świadczeniami ubocznymi w ramach przedmiotu zamówienia w Postępowaniu, lecz zasadniczymi; sposób ich wykonania został określony w SWZ tak samo jak sposób wykonania przedmiotu zamówienia w zakresie odbioru i zagospodarowania innych rodzajów odpadów, a wykonawcy zobowiązani byli w formularzu ofertowym odrębnie określić wysokość cen jednostkowych za odbiór i zagospodarowanie tych rodzajów odpadów i to w taki sposób, aby ceny te uwzględniały wszystkie koszty związane z realizacją przedmiotu zamówienia. Ilości (masa) poszczególnych rodzajów odpadów, których odbiór i zagospodarowanie faktycznie będzie obowiązkiem wykonawcy, z którym zostanie zawarta umowa po przeprowadzeniu Postępowania, nie są znane - mogą one odbiegać od ilości podanych w formularzu ofertowym.

Za uznaniem, że „istotną część składową ceny oferty" stanowią ceny jednostkowe (za 1 Mg) za odebranie i zagospodarowanie odpadów rodzajów „zużyte baterie i akumulatory", „przeterminowane leki i chemikalia" i „odpady budowalne i rozbiórkowe", przemawia również stwierdzenie zawarte w dotyczącym Postępowania wyroku Krajowej Izby Odwoławczej w sprawie o sygn. KIO 3333/21, iż „ceny jednostkowe netto za odebranie i zagospodarowanie 1 Mg odpadów są istotne z punktu widzenia realizacji umowy, zwłaszcza przy takich ilościach odpadów danych frakcji, jakie przewidziano do wyceny - z tego samego powodu byłyby też istotne nawet przy cenie ryczałtowej"; nie można przy tym podzielić stanowiska Zamawiającego, że wyrok ten czy jego uzasadnienie obligowały Zamawiającego do żądania od Odwołującego wyjaśnień na podstawie art. 224 ust. 1 Pzp.

Mając na uwadze powyższe zdaniem Izby wysokość ceny jednostkowej za odebranie i zagospodarowanie odpadów rodzajów „zużyte baterie i akumulatory", „przeterminowane leki i chemikalia" i „odpady budowalne i rozbiórkowe" ma istotne znaczenie merytoryczne, wobec czego stanowi istotną część składową ceny w rozumieniu art. 224 ust. 1 Pzp. Zawarty w odwołaniu zarzut naruszenia tego przepisu był więc niezasadny.

Zgodnie z art. 16 pkt 1 Pzp, „zamawiający przygotowuje i przeprowadza postępowanie o udzielenie zamówienia w sposób zapewniający zachowanie uczciwej konkurencji oraz równe traktowanie wykonawców". Nie ma podstaw, aby zażądanie od Odwołującego wyjaśnień zgodnie z art. 224 ust. 1 Pzp uznać za czynność świadczącą o prowadzeniu postępowania w sposób naruszający zasady uczciwej konkurencji i równego traktowanie wykonawców. Zarzut naruszenia art. 16 pkt 1 Pzp również należało więc uznać za niezasadny.

O kosztach postępowania odwoławczego orzeczono na podstawie art. 557 i art. 575 Pzp oraz § 2 ust. 1 pkt 2, § 5, § 8 ust. 2 pkt 1 rozporządzenia Prezesa Rady Ministrów z dnia 30 grudnia 2020 r. w sprawie szczegółowych rodzajów kosztów postępowania odwoławczego, ich rozliczania oraz wysokości i sposobu pobierania wpisu od odwołania.

Zgodnie z art. 557 Pzp „w wyroku oraz w postanowieniu kończącym postępowanie odwoławcze Izba rozstrzyga o kosztach postępowania odwoławczego", stosownie zaś do art. 575 Pzp strony oraz uczestnik postępowania odwoławczego wnoszący sprzeciw ponoszą koszty postępowania odwoławczego stosownie do jego wyniku. Z § 2 ust. 1 pkt 2 ww. rozporządzenia wynika, że wysokość wpisu wnoszonego w postępowaniu o udzielenie zamówienia na dostawy i usługi o wartości przekraczającej progi unijne, o których mowa w art. 3 ust. 1 Pzp, wynosi 15.000 złotych. Zgodnie z § 5 ww. rozporządzenia do kosztów postępowania odwoławczego, zalicza się wpis oraz uzasadnione koszty stron postępowania odwoławczego w wysokości określonej na podstawie rachunków lub spisu kosztów, złożonych do akt sprawy, obejmujące m.in. wynagrodzenie i wydatki jednego pełnomocnika, nieprzekraczające łącznie kwoty 3600 złotych. Z kolei § 8 ust. 2 pkt 1 ww. rozporządzenia stanowi, że w przypadku oddalenia odwołania przez Izbę w całości, koszty ponosi odwołujący; a Izba zasądza od odwołującego na rzecz zamawiającego koszty, o których mowa w § 5 pkt 2.

Izba uwzględniła zatem uiszczony przez Odwołującego wpis w wysokości 15.000 złotych oraz koszty wynagrodzenia pełnomocnika Zamawiającego w kwocie 1.230 złotych.

Przewodniczący: .....