

Krajowa Izba Odwoławcza - w składzie:

Przewodniczący: Anna Wojciechowska

Protokolant: Aldona Karpińska

po rozpoznaniu na rozprawie w Warszawie w dniu 16 grudnia 2024 r. odwołania wniesionego do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej w dniu 25 listopada 2024 r. przez **wykonawców wspólnie ubiegających się o udzielenie zamówienia w Konsorcjum firm: EKOMBUD sp. z o.o. z siedzibą w Bochni oraz MIKI Recykling sp. z o.o. z siedzibą w Krakowie** w postępowaniu prowadzonym przez **zamawiającego Gminę Bochnia** przy udziale uczestnika po stronie zamawiającego – **wykonawcy A.Z. prowadzącego działalność gospodarczą pod firmą ANBUD Firma Usługowo - Handlowa A.Z. z siedzibą w Trąbkach**

orzeka:

1. **Uwzględnia odwołanie w zakresie zarzutu 1 odwołania i nakazuje zamawiającemu: unieważnienie czynności wyboru najkorzystniejszej oferty w części 2 zamówienia, powtórzenie czynności badania i oceny ofert, w tym odrzucenie w części 2 zamówienia oferty wykonawcy A.Z. prowadzącego działalność gospodarczą pod firmą ANBUD Firma Usługowo - Handlowa A.Z. z siedzibą w Trąbkach na podstawie art. 226 ust. 1 pkt 8 w zw. z art. 224 ust. 6 ustawy pzp, jako zawierającej rażąco niską cenę w stosunku do przedmiotu zamówienia.**
2. **Zarzut 3 ewentualny odwołania pozostawia bez rozpoznania.**
3. **W pozostałym zakresie oddala odwołanie.**
4. **Kosztami postępowania obciąża zamawiającego Gminę Bochnia w części 1/2 oraz wykonawców wspólnie ubiegających się o udzielenie zamówienia w Konsorcjum firm: EKOMBUD sp. z o.o. z siedzibą w Bochni oraz MIKI Recykling sp. z o.o. z siedzibą w Krakowie w części 1/2 i**
 - 4.1. **zalicza w poczet kosztów postępowania odwoławczego kwotę 15 000 zł 00 gr (piętnaście tysięcy złotych zero groszy) uiszczoną przez wykonawców wspólnie ubiegających się o udzielenie zamówienia w Konsorcjum firm: EKOMBUD sp. z o.o. z siedzibą w Bochni oraz MIKI Recykling sp. z o.o. z siedzibą w Krakowie,**
 - 4.2. **zasądza od zamawiającego Gminy Bochnia na rzecz wykonawców wspólnie ubiegających się o udzielenie zamówienia w Konsorcjum firm: EKOMBUD sp. z o.o. z siedzibą w Bochni oraz MIKI Recykling sp. z o.o. z siedzibą w Krakowie kwotę 7500 zł 00 gr (siedem tysięcy pięćset złotych zero groszy) stanowiącą uzasadnioną część kosztów strony poniesionych tytułem wpisu od odwołania.**

Na orzeczenie - w terminie 14 dni od dnia jego doręczenia - przysługuje skarga za pośrednictwem Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej do Sądu Okręgowego w Warszawie - Sądu Zamówień Publicznych.

Przewodniczący:

Sygn. akt KIO 4430/24

Uzasadnienie

Zamawiający – Gmina Bochnia - prowadzi postępowanie o udzielenie zamówienia publicznego w trybie przetargu nieograniczonego na podstawie ustawy z dnia 11 września 2019 r. - Prawo zamówień publicznych (tekst jednolity Dz. U. 2023 r., poz. 1605 z późn. zm. – dalej „ustawa pzp”), pn. „**ODBIÓR I ZAGOSPODAROWANIE ODPADÓW KOMUNALNYCH OD WŁAŚCICIELI NIERUCHOMOŚCI ZAMIESZKAŁYCH NA TERENIE GMINY BOCHNIA, PSZOK**” Numer referencyjny: *IFS.271.14.2024* Ogłoszenie o zamówieniu opublikowane zostało w Dzienniku Urzędowym Unii Europejskiej w dniu 9 września 2024 r. Numer ogłoszenia unijnego: Dz.U. 2024/S 175/540812.

W dniu 25 listopada 2024 r. odwołanie wnieśli wykonawcy wspólnie ubiegający się o udzielenie zamówienia w Konsorcjum firm: EKOMBUD sp. z o.o. z siedzibą w Bochni oraz MIKI Recykling sp. z o.o. z siedzibą w Krakowie – dalej Odwołujący. Odwołujący wniósł odwołanie wobec wyboru najkorzystniejszej oferty (dot. Części nr 2 obejmującej Sektor II Południe), w tym zaniechania odrzucenia oferty wykonawcy A.Z. prowadzącego działalność gospodarczą pod firmą ANBUD Firma Usługowo - Handlowa A.Z. z siedzibą w Trąbkach – dalej ANBUD lub Przystępujący, z uwagi na niewyjaśnienie rażąco niskiej ceny, jak i niezgodność oferty z warunkami zamówienia.

Odwołujący zarzucił Zamawiającemu naruszenie:

I. art. 224 ust. 6 w zw. z ust. 2 pkt 1 w zw. z ust. 1 w zw. z ust. 3 i 5 ustawy pzp, jak i art. 226 ust. 1 pkt 8 w zw. z art. 224 ust. 2 ustawy pzp przez zaniechanie odrzucenia oferty ANBUD z uwagi rażąco niską cenę, w tym wskutek niewyjaśnienia przez tego Wykonawcę – pomimo wezwania Go przez Zamawiającego na podstawie art. 224 ust. 2 pkt 1 ustawy pzp – rażąco niskiej ceny w zakresie złożonej oferty; Wykonawca m.in. nie wyjaśnił jego ceny ofertowej w odniesieniu do zarzutu rażąco niskiej ceny, w tym nie przedstawił żadnej kalkulacji, a sama odpowiedź na wezwanie ma charakter ogólnych deklaracji i zapewnień, nieczyniących zadość wezwaniu Zamawiającego, tzn. z rażącym

naruszeniem wymogów ustawy pzp, uniemożliwiając mu ustalenie na jakiej podstawie doszło do skalkulowania ceny, ani żadnych składników cenotwórczych, mających wpływ na jej końcowe wyszacowanie;

Względnie:

II. art. 226 ust. 1 pkt 5 w zw. z art. 16 pkt 1 ustawy pzp w zw. z punktem IV ppkt 1 Specyfikacji Warunków Zamówienia w zw. z punktem 8 w rozdziale III Załącznika nr 5 do SWZ (tj. Opisu Przedmiotu Zamówienia) przez zaniechanie odrzucenia oferty ANBUD, pomimo że jego oferta nie spełniała warunków zamówienia, a to z uwagi na brak wskazania odpowiednich instalacji, do których mają być przekazywane wszystkie odpady zebrane z terenu sektora II Gminy Bochnia (odpady o wszystkich kodach, objętych zamówieniem, w tym niebezpieczne, jak m.in. o kodzie 20 01 21*, tj. lampy fluorescencyjne i inne odpady zawierające rtęć), celem ich recyklingu, odzysku i unieszkodliwiania, umożliwiając ich zagospodarowanie zgodnie z hierarchią postępowania z odpadami, o której mowa w art. 17 i 20 ustawy z dnia 14 grudnia 2012 r. o odpadach (tekst jednolity: Dz. U z 2023 r. poz. 1587), a zatem zgodnie z warunkami zamówienia, o których mowa w dokumentach zamówienia (w tym ww. Załączniku nr 5 do SWZ – rozdział III, pkt. 8);

z daleko posuniętej ostrożności procesowej

III. względnie naruszenie art. 224 ust. 1 w zw. z art. 224 ust. 3 ustawy pzp przez zaniechanie wezwania wykonawcy ANBUD do złożenia dodatkowych wyjaśnień, w tym w ogóle wskazania wyliczenia ceny lub kosztu lub ich istotnych części składowych.

Odwołujący w oparciu o wyżej wskazane zarzuty wniósł o uwzględnienie odwołania, jak również nakazanie Zamawiającemu:

- 1) unieważnienia decyzji o wyborze oferty najkorzystniejszej,
- 2) powtórzenia czynności badania i oceny ofert,
- 3) odrzucenia oferty ANBUD a to z uwagi na niewyjaśnienie rażąco niskiej ceny, jak i z uwagi na jej niezgodność z warunkami zamówienia, tj. braku wskazania instalacji na wszelkie odpady objęte zamówieniem, gwarantujące recykling, odzysk i unieszkodliwianie ich, w tym wymogami prawa;
- 4) dokonanie ponownego wyboru oferty najkorzystniejszej.

Odwołujący uzasadniając zarzuty odwołania wskazał:

I. A) Niewyjaśnienie rażąco niskiej ceny pomimo wezwania Zamawiającego na podstawie art. 224 ust. 2 pkt 1 ustawy pzp, czego skutkiem powinno być odrzucenie oferty.

Odwołujący wskazał, że ocena wyjaśnień Wykonawcy (Anbudu) już na pierwszy rzut oka prowadzi do wniosku, że nie zmierzają one do wyjaśniania ceny poprzez – choćby w sposób adekwatny do wezwania (w tym do dokumentów postępowania) – przedstawienie jej kalkulacji, tylko sprowadzają się do ogólnych zapewnień i deklaracji (oświadczeń), że oferta jest dobrze skalkulowana, bierze pod uwagę czy też spełnia czynniki i warunki wskazywane w wezwaniu przez Zamawiającego i nie zawiera rażąco niskiej ceny. Podczas gdy tego typu ogólne, uniwersalne oświadczenia niezawierające żadnej treści, relewantnej z punktu widzenia obowiązku wyjaśnienia RNC, nadto jedynie przeformułowywane i w ten sposób powielane w treści samej odpowiedzi Wykonawcy z dnia 4 listopada 2024 r. nie dają podstawy do jakiegokolwiek oceny, w tym przez pryzmat RNC. Z tej też przyczyny Zamawiający w ogóle nie ma możliwości ich zweryfikowania ani badania oferty w tym przedmiocie w jakimkolwiek zakresie (pomimo formalnej odpowiedzi nie zawiera ona żadnych wyjaśnień). Wykonawca gwarantuje, że wykona zamówienie, że ma doświadczenie, i co istotne „optymalizuje” jego wykonanie z innymi świadczonymi zamówieniami, kontraktami czy usługami. Odwołujący powołał się na wyrok Krajowej Izby Odwoławczej z dnia 31 stycznia 2022 r., KIO 125/22, wyrok Krajowej Izby Odwoławczej z dnia 29 października 2019 r., KIO 2057/19, wyrok Krajowej Izby Odwoławczej z dnia 7 lipca 2023 r., KIO 1773/23, wyrok Krajowej Izby Odwoławczej z dnia 14 lutego 2023 r., KIO 257/23, wyrok Krajowej Izby Odwoławczej z 20 stycznia 2023 r., KIO 65/23. Anbud w istocie nie wyjaśnił rażąco niskiej ceny, a jego odpowiedź w tym przedmiocie nawet nie za bardzo czyni pozory, że miało być inaczej, lekceważąc normy i cele regulacji art. 224 ustawy pzp.

B) Niemożność dodatkowego wezwania do uzupełnienia i doprecyzowania wyjaśnień rażąco niskiej ceny przez Anbud, złożonych na uprzednie wezwanie Zamawiającego, z uwagi na ich charakter (odpowiedzi Wykonawcy z dnia 4 listopada 2024 r., jako ogólnej i nierелеwantnej w przedmiocie RNC).

Odwołujący wskazał, że w świetle dotychczasowych wyjaśnień Wykonawcy w przedmiocie RNC, nawet uwzględniając jednocześnie adekwatnie treść samego wezwania Zamawiającego, nie ma możliwości wezwania Wykonawcy do dodatkowych wyjaśnień (m.in. precyzacji, usunięcia wątpliwości), bowiem z uwagi na ich dotychczasowy charakter, a

także ugruntowane poglądy orzecznicze w tym zakresie nie ma ku temu podstaw (w świetle dotychczasowego stanowiska Wykonawcy, stanowiącego w istocie zaniechanie do jakkolwiek merytorycznego odniesienia się w przedmiocie RNC, doszłoby do jego ponownego wezwania). Powołał się na wyrok Krajowej Izby Odwoławczej z dnia 26 stycznia 2024 r., KIO 45/24.

C) Uprawdopodobnienie rażąco niskiej ceny oferty Wykonawcy, uznanej za najkorzystniejszą.

Odwołujący podniósł, że to na Wykonawcy spoczywa ciężar dowodu wykazania braku RNC i w przypadku sytuacji żądania wyjaśnień na podstawie art. 224 ust. 2 pkt 1 ustawy pzp Odwołujący, celem zakwestionowania ich prawidłowości, nie ma obowiązku uprawdopodobniania okoliczności zaistnienia rażąco niskiej ceny, co dodatkowo w niniejszej sytuacji – w zw. z de facto brakiem wyjaśnień – byłoby wielce utrudnione. Odwołujący zwrócił jednak uwagę posiłkowo na kilka kwestii wskazujących na obarczenie oferty Wykonawcy rażąco niską ceną. Porównując oferty Odwołującego i Anbudu – położenie siedzib i baz obu wykonawców (usytuowanie Odwołującego – siedziba Konsorcjum – jest znacznie korzystniejsze), odległości, które muszą pokonać do zadeklarowanych instalacji, a nawet to, że Lider Konsorcjum ma możliwość realnego w pewnym zakresie przetwarzania odpadów na własną rękę w związku z posiadaną instalacją, umożliwiającą mu istotne ograniczenie liczby kursów do instalacji docelowego zagospodarowania (na co wskazywał w swoich wyjaśnieniach RNC z powołaniem na konkretną decyzję) poprzez możliwość zgromadzenia większej ich ilości, celem zapewnienia większego załadunku i jego jednorazowy wywóz (zamiast kilkukrotnych czy też kilkunastu pojedynczych transportów bezpośrednio do instalacji docelowych z terenu Gminy Bochnia), przy jednoczesnym zachowaniu jedynie 2% marży, już z tych względów wzbudza uzasadnione wątpliwości co do realności ceny zaoferowanej przez Wykonawcę. Mając na uwadze powyższe, z odwołaniem do wyjaśnień Odwołującego w przedmiocie RNC, wskazał, że Lider Konsorcjum – Ekombud sp. z o.o. – ma zezwolenie na przetwarzanie odpadów selektywnych we własnej instalacji, takich jak tworzywa, makulatura i szkło, w zakresie przewidzianym w zezwoleniu, co zapewnia mu większą elastyczność cenową [Decyzja z dnia 29.06.2022 r., znak: SR-III.7221.15.2021.JA - Pozwolenie dla EKOMBUD Sp. z o.o., ul. Partyzantów 24D, 32-700 Bochnia (NIP: 8681962507 REGON: 123164261) na wytwarzanie odpadów, z uwzględnieniem przetwarzania odpadów w związku z eksploatacją instalacji do sortowania odpadów w Bochni przy ul. Krzyżanowickiej 68, 32-700 Bochnia]. W przypadku Odwołującego ma on zagwarantowany odbiór odpadów zmieszanych, a także wielkogabarytowych (instalacja MIKI Recykling sp. z o.o. – Partner Konsorcjum), a więc nie ma takiego zagrożenia, że będzie musiał udać się do innej instalacji aniżeli najbardziej dogodnej czy też z uwagi na odmowę odbioru przez taką instalację. Ponadto zwrócił uwagę na lokalizację instalacji docelowego zagospodarowania, wskazywane zarówno przez Konsorcjum, jak i Wykonawcę, mając na uwadze odległości od granic Gminy Bochnia. Mianowicie Konsorcjum wskazuje instalacje w następujących miejscowościach:

- a) Kraków (MIKI Recykling sp. z o.o. – niesegregowane)
- b) Bochnia (Ekombud sp. z o.o. – segregowane)
- c) Międzyrzecze Górne (Sanit Trans sp. z o.o. – segregowane)
- d) Gdów (F.U.H. KOP EKO – segregowane)
- e) Olesno (BIOGAZOWNIE MAŁOPOLSKIE Sp. z o.o. – segregowane)

Z kolei Wykonawca:

- a) Kraków – Remondis sp. z o.o. (niesegregowane)
- b) Kraków – Remondis sp. z o.o. (segregowane)
- c) Myślenice - Zakład Utylizacji Odpadów sp. z o.o.
- d) Warszawa – Remontis Elektrorecykling sp. z o.o.
- e) Gdów – Firma Usługowo-Handlowa KOP-EKO K.T.
- f) Micigózd – MB Recykling sp. z o.o.
- g) Jedlicze – RAF EKOLOGIA sp. z o.o.
- h) Kutno – Zakład Gospodarowania Odpadami „EKO ALF” W.C.
- i) Bełchatów – EKO-ABC sp. z o.o.
- j) Trzebinia – Zakład Gospodarki Odpadami Komunalnymi sp. z o.o.
- k) Kraków – A.L..

Abstrahując od ww. przewag Konsorcjum, instalacje, do których zamierza przywozić odpady Wykonawca, są znacznie

dalej oddalone (np. Jedlicze, Warszawa, Kutno) od granicy gminy Bochnia niż instalacje wskazywane przez Konsorcjum. Ponadto Zamawiającemu nie powinno umknąć, że Wykonawca deklaruje, że czasochłonna obsługa BDO będzie realizowana bezkosztowo (Baza, zgodnie z rozporządzeniem stanowi moją własność, obsługa systemu BDO oraz sprawozdawczość jest wykonywana bezkosztowo (obsługa we własnym zakresie), co jest – mając na uwadze wymagania systemu i jego bieżącej obsługi w trakcie wykonywania świadczenia – nierealne (chodzi o wystawianie i organizację Kart przekazywania odpadów – w różnych trybach, tj. odbioru i przekazania, dla każdego przejazdu pojazdem, celem zbiórki, jak i prowadzenia ewidencji i sprawozdawczości; dochodzi do tego jeszcze weryfikacja kwitów wagowych dla odpadów i tary pojazdów). Ponadto Wykonawca wskazuje, że: „Co istotne, prowadzę jednocześnie kilka inwestycji w ramach zamówień publicznych. Z uwagi na ciągłość prac mam pewność utrzymania stałego i wysokiego poziomu świadczonych usług, co pozwala wypracować optymalne warunki cenowe i zapewnia komfortowe i sprawne działania”, podczas gdy w świetle ustawy pzp, jak i orzecznictwa taki argument może okazać się kontrproduktywny. Powołał się na wyrok KIO z 28 sierpnia 2018 r., KIO 1563/18.

D) Rozkład ciężaru dowodu, co do RNC.

Odwolujący podniósł, że w sytuacji opisanej w niniejszej sprawie ciężar dowodu w całości obciąża Zamawiającego bądź Wykonawcę (Przystępującego). Przepis w tym kontekście jest jednoznaczny, jednocześnie trudno wymagać od Odwołującego, aby w sytuacji braku jakichkolwiek merytorycznych wyjaśnień ze strony Wykonawcy miał spekulować co do tego w jaki sposób skalkulował on – choćby najogólniej – swoją ofertę.

II. Niezgodność oferty Wykonawcy z warunkami zamówienia – dot. obowiązku wskazania instalacji docelowego zagospodarowania odpadów – wszystkich objętych przedmiotem zamówienia.

Odwolujący podobnie jak w przedmiocie RNC (dot. wniosku o unieważnienie wyboru najkorzystniejszej oferty z dnia 22 listopada 2024 r.) swoje stanowisko wyartykułował we wniosku, złożonym Zamawiającemu w dniu 25 listopada 2024 r. o unieważnienie wyboru najkorzystniejszej oferty z dnia 14 listopada 2024 r. oraz odrzucenie oferty Wykonawcy (Anbud), a to w związku z zamiarem przekazywania odpadów o kodzie 20 01 21* do instalacji, które nie są miejscem docelowego zagospodarowania zgodnie z warunkami zamówienia i wymogami prawa. Jest to kwestia związana z brakiem zagospodarowania ww. odpadów instalacji docelowego ich zagospodarowania zgodnie z hierarchią postępowania z odpadami, o której mowa w art. 17 i 20 ustawy z dnia 14 grudnia 2012 r. o odpadach (tekst jednolity: Dz. U z 2023 r. poz. 1587), do której Zamawiający się odwołuje wprost w OPZ, a jedynie do pośredników, uprawnionych do ich zbierania (a nie przetwarzania w postaci odzysku czy też unieszkodliwiania). Pośród wskazanych przez Wykonawcę w ofercie przedsiębiorstw dysponujących instalacjami do zbierania i przetwarzania odpadów będących przedmiotem przetargu, zaledwie trzy z dziesięciu wymienionych przedsiębiorstw jest uprawnionych do zbierania odpadów niebezpiecznych o kodzie 20 01 21*, tj. lamp fluorescencyjnych i innych odpadów zawierających rtęć. Należą do nich: A.L., ul. Półłanki 78, 30-740 Kraków, MB Recycling sp. z o.o. Przedsiębiorstwo Gospodarowania Odpadami Komunalnymi Spółka Komandytowa, ul. Wrzosowa 50, 26-065 Micigózd Zakład: ul. Innowacyjna 6, 36-060 Głogów Małopolski oraz Remondis Electrorecycling sp. z o.o., ul. Zawodzie 17, 02-981 Warszawa Zakład: ul. Ekologiczna 2, 05-870 Błonie. Żadne z wyżej wymienionych przedsiębiorstw nie dysponuje jednak uprawnieniem do zagospodarowania odpadów niebezpiecznych o kodzie 20 01 21* w sposób inny niż ich zbieranie. Złożona przez wyłonionego w przetargu Wykonawcę oferta nie spełnia wymagań określonych przez Zamawiającego, wskazanych w Opisie przedmiotu zamówienia, stanowiącym Załącznik nr 5 do Specyfikacji Warunków Zamówienia (zagospodarowanie odpadów niebezpiecznych). Wykonawca odbierający selektywnie zebrane odpady komunalne od właścicieli nieruchomości będzie zobowiązany do przekazania odebranych odpadów komunalnych do instalacji recyklingu, odzysku i unieszkodliwiania odpadów, zgodnie z hierarchią postępowania z odpadami, o której mowa w art. 17 i 20 ustawy z dnia 14 grudnia 2012 r. o odpadach (tekst jednolity: Dz. U z 2023 r. poz. 1587). Złożenie przez Wykonawcę (Anbud) oferty, której treść jest niezgodna z warunkami zamówienia, jest jedną z enumeratywnie wymienionych przez Ustawodawcę w treści przepisu art. 226 ust. 1 ustawy pzp przesłanek do odrzucenia oferty przez Zamawiającego. Zamawiający prowadzi postępowanie o udzielenie zamówienia publicznego na podstawie SWZ, w której określa swoje potrzeby i wymagania. Dlatego też niezgodność oferty z treścią SWZ oznacza, że wykonawca nie spełnia wymogów zamawiającego, a jego oferta powinna zostać odrzucona. Co więcej, Wykonawca brał w trakcie bieżącego roku udział w postępowaniu w trybie przetargu nieograniczonego na usługi dot. zbierania i zagospodarowania odpadów komunalnych, organizowanym na podstawie przepisów ustawy pzp przez jednostki samorządu terytorialnego inne niż Gmina Bochnia, tj. przez Gminę Dobczyce (wewnętrzny identyfikator postępowania: RI.271.1.40.2024.ANGI). Zamawiający, w ramach wskazanego w zdaniu poprzednim postępowania, odrzucił ofertę ANBUD Firma Usługowo-Handlowa A.Z., Trąbki 451, 32-020 Wieliczka, z uwagi właśnie na brak możliwości przetwarzania przez przedsiębiorcę odpadów niebezpiecznych o kodzie 20 01 21*, a co za tym idzie złożona przez niego oferta nie była zgodna z warunkami zamówienia, co implikowało po stronie Zamawiającego obligatoryjny obowiązek

odrzućcenia oferty na podstawie art. 226 ust. 1 pkt 5 ustawy pzp. W opinii Konsorcjum, mając na uwadze konieczność zagospodarowania tożsamych odpadów komunalnych (w tym odpadów niebezpiecznych, obejmujących ww. kategorię), odwołanie jest w pełni uzasadnione, co znajduje potwierdzenie w niemal identycznym stanie faktycznym, jaki miał miejsce w postępowaniu, którego inicjatorem była Gmina Dobczyce. Przywołał fragment uzasadnienia zawiadomienia o unieważnieniu postępowania z dnia 14 października 2024 r., wydanego w ramach prowadzonego przez Gminę Dobczyce postępowania w trybie przetargu nieograniczonego, o którym mowa powyżej: „Zamawiający nie ma możliwości dokonania wezwania do wyjaśnień i/lub negocjacji co do treści oferty, co jest niedozwolone na obecnym etapie. Każda próba ingerencji stwarzałaby potencjalnie kreowanie świadczenia na nowo, gdyż w każdym przypadku wiązałoby się to ze zmianami, które są istotne. Istotność wynika zwłaszcza z faktu, że wprowadzałaby warunki możliwości odstąpienia i zmiany złożonej oferty, co naruszałoby podstawową zasadę Prawa zamówień publicznych, określoną w art. 16 ust. 1 u.p.z.p., który jasno wskazuje, że Zamawiający przygotowuje i przeprowadza postępowanie o udzielenie zamówienia publicznego w sposób zapewniający zachowanie uczciwej konkurencji oraz równe traktowanie wykonawców.” Ponadto powyższe w zupełności potwierdza wyrok KIO 3333/21 z dnia 26 listopada 2021 r., dotyczący tożsamych warunków zamówienia oraz nadto tego samego Wykonawcy (Anbudu).

W dniu 6 grudnia 2024 r. Zamawiający złożył odpowiedź na odwołanie, w której wniósł o oddalenie wniesionego odwołania w całości. W złożonej odpowiedzi oraz na rozprawie przedstawił uzasadnienie faktyczne i prawne swojego stanowiska.

W dniu 10 grudnia 2024 r. Przystępujący złożył pismo procesowe wnosząc o oddalenie odwołania i przedstawiając argumentację uzasadniającą swoje stanowisko.

Izba ustaliła, co następuje:

Izba ustaliła, że odwołanie czyni zadość wymogom proceduralnym zdefiniowanym w Dziale IX ustawy z dnia 11 września 2019 r. - Prawo zamówień publicznych, tj. odwołanie nie zawiera braków formalnych oraz został uiszczony od niego wpis. Izba ustaliła, że nie zaistniały przesłanki określone w art. 528 ustawy pzp, które skutkowałyby odrzuceniem odwołania.

Izba stwierdziła, że Odwołujący wykazał przesłanki dla wniesienia odwołania określone w art. 505 ust. 1 i 2 ustawy pzp, tj. posiadanie interesu w uzyskaniu danego zamówienia oraz możliwości poniesienia szkody w wyniku naruszenia przez Zamawiającego przepisów ustawy pzp.

Do postępowania odwoławczego po stronie Zamawiającego, zachowując termin ustawowy oraz wskazując interes w uzyskaniu rozstrzygnięcia na korzyść Zamawiającego zgłosił skuteczne przystąpienie wykonawca A.Z. prowadzący działalność gospodarczą pod firmą ANBUD Firma Usługowo - Handlowa A.Z. z siedzibą w Trąbkach.

Izba postanowiła dopuścić dowody z dokumentacji przedmiotowego postępowania, odwołanie wraz z załącznikami, odpowiedź na odwołanie wraz z załącznikami, zgłoszenie przystąpienia wraz z załącznikami oraz pismo procesowe Przystępującego.

Na podstawie tych dokumentów, jak również biorąc pod uwagę oświadczenia, stanowiska i dowody złożone przez strony i uczestnika postępowania w trakcie posiedzenia i rozprawy, Krajowa Izba Odwoławcza ustaliła i zważyła:

Odwołanie zasługiwało na częściowe uwzględnienie.

W zakresie podniesionych zarzutów Izba ustaliła następujący stan faktyczny:

Szacowana wartość zamówienia w części 2: „Sektor II Południe

1100,00 zł x 1200,00 Mg = 1 320 000,00 zł – odpady zmieszane

1400,00 zł x 1000,00 Mg = 1 400 000,00 zł – odpady selektywne

= 2 720 000,00 zł

Zamówienia podobne (50%) = 1 360 000,00 zł

4 080 000,00 zł x 102,5% = 4 182 000,00 zł”

Powyżej ceny netto.

Zgodnie z SWZ:

- „IV. Opis przedmiotu zamówienia 1. Przedmiotem zamówienia jest odbieranie, transport i zagospodarowanie odpadów komunalnych powstałych i zebranych na wszystkich nieruchomościach, na których zamieszkują mieszkańcy,

położonych w granicach administracyjnych Gminy Wiejskiej Bochnia (teren Gminy jest podzielony na 2 sektory), a także z Punktu Selektywnego Zbierania Odpadów (PSZOK) usytuowanego w Bochni przy ul. Partyzantów 49 (Baza RPK), System odbierania odpadów komunalnych nie obejmuje odpadów powstających w wyniku prowadzenia działalności gospodarczej oraz budynków użyteczności publicznej. Opis przedmiotu zamówienia szczegółowo został określony w Załączniku nr 5 do SWZ.”

- „XV. Sposób obliczania ceny oferty

1. Wykonawca podaje cenę za realizację przedmiotu zamówienia dla danej CZEŚCI zgodnie ze wzorem Formularza Ofertowego, stanowiącego Załącznik nr 1 do SWZ.

2. Oferta musi obejmować całość zamówienia.

3. Podstawą do obliczenia ceny oferty dla danej CZEŚCI jest szczegółowy opis przedmiotu zamówienia zawarty w Załączniku do SWZ oraz warunki i obowiązki umowne określone w projekcie umowy, stanowiącym Załącznik nr 8 do SWZ. Podstawą wyceny usług ma być własna, oparta na rachunku ekonomicznym kalkulacja, zawierająca wszelkie koszty niezbędne do zrealizowania całego zamówienia (łącznie ze wszystkimi podatkami i opłatami oraz podatkiem VAT i inne).

4. Wykonawca określa cenę realizacji zamówienia poprzez wskazanie dla danej CZEŚCI w formularzu ofertowym, ceny jednostkowej za świadczenie usługi w zakresie odbioru i zagospodarowania 1 Mg odpadów komunalnych od właścicieli nieruchomości zamieszkałych zlokalizowanych na terenie Gminy Bochnia oraz wartości zamówienia wyliczonej jako iloczyn ceny jednostkowej i ilości odpadów szacowanej dla danej CZEŚCI (ceny jednostkowe i wartości podaje się w rozbiu na odpady zmieszane i segregowane)

5. Szacowana ilość odpadów z PSZOK doliczona została do CZEŚCI nr 1.

6. Podana w ofercie cena jednostkowa za 1 Mg odebranych i zagospodarowanych odpadów musi uwzględniać wszystkie wymagania niniejszej SWZ oraz obejmować wszystkie koszty, jakie poniesie wykonawca z tytułu należytej oraz zgodnej z obowiązującymi przepisami realizacji przedmiotu zamówienia. (...)”

W postępowaniu w części 2 złożono oferty:

1. FBSerwis Karpatia sp. z o.o.: 2 490 048,00 zł brutto,

2. Odwołujący: 2 447 280,00 zł brutto,

3. Przystępujący: 2 328 480,00 zł brutto.

Pismem z dnia 28 października 2024 r. Zamawiający wezwał Przystępującego do złożenia wyjaśnień w zakresie ceny oferty w części 1 i 2 zamówienia:

„Na podstawie art. 224 ust. 1 w związku z art. 224 ust. 2 pkt.1 ustawy z dnia 19 września 2019 roku Prawo zamówień publicznych (Dz.U.2023.1605 t. j. z dnia 2023.08.14 z późn. zm.), wzywam do złożenia wyjaśnień rażąco niskiej ceny dla CZEŚCI nr 1 i nr 2 w tym złożenia dowodów, dotyczących elementów oferty mających wpływ na wysokość ceny, w szczególności w zakresie:

1) zarządzania procesem produkcji, świadczonych usług lub metody budowy;

2) wybranych rozwiązań technicznych, wyjątkowo korzystnych warunków dostaw, usług albo związanych z realizacją robót budowlanych;

3) oryginalności dostaw, usług lub robót budowlanych oferowanych przez wykonawcę;

4) zgodności z przepisami dotyczącymi 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.2020.2207 t.j. z dnia 2020.12.10) lub przepisów odrębnych właściwych dla spraw, z którymi związane jest realizowane zamówienie;

5) zgodności z prawem w rozumieniu przepisów o postępowaniu w sprawach dotyczących pomocy publicznej;

6) zgodności z przepisami z zakresu prawa pracy i zabezpieczenia społecznego, obowiązującymi w miejscu, w którym realizowane jest zamówienie;

7) zgodności z przepisami z zakresu ochrony środowiska;

8) wypełniania obowiązków związanych z powierzeniem wykonania części zamówienia podwykonawcy.

Wykonawca zobowiązany jest złożyć wyjaśnienia, przedstawić kalkulacje ceny oferty oraz inne dowody w powyższym

zakresie a w szczególności w zakresie określonym w punkcie 4 i 6. Wykonawca zobowiązany jest złożyć wyjaśnienia DLA CZEŚCI nr 1 i nr 2 Niezłożenie wyjaśnień skutkować będzie odrzuceniem oferty.”

W dniu 4 listopada 2024 r. Przystępujący złożył wyjaśnienia w zakresie ceny wskazując:

„Do pkt 1. Zarządzanie świadczonej usługi jest prowadzone, osobiście przeze mnie oraz moją żonę, co ogranicza zatrudnianie osób na stanowisku kierowniczym. Kalkulacja ceny, którą Wykonawca przedłożył w przedmiotowym postępowaniu uwzględnia racjonalne ceny nabycia usług oferowanych przez moją firmę. W kalkulacji tej uwzględniono wszelkie koszty, które może ponieść Wykonawca w przypadku realizacji zamówienia. W kalkulacji sporządzonej w ramach w/w postępowania uwzględniona została całość usług określonych w dokumentacji zamówienia. Jednocześnie gwarantuję, że jestem w stanie zrealizować zamówienie o wymaganej przez Zamawiającego jakości za zaproponowaną przez nas cenę zgodnie z wymaganymi terminem.

Do pkt 2. Umowy na zagospodarowanie odpadów są zawierane z instalacjami, gdzie koszt przyjęcia jest najniższy. Poprzez proces doboru partnera, z którym zostały zawarte bezpośrednio umowy, pozwala to na osiągnięcie gwarancji konkurencyjnych cen. Chcę zaznaczyć, że jesteśmy firmą, która od 5 lat zajmuje się usługami w zakresie wywozu odpadów komunalnych, dzięki długotrwałej oraz bezproblemowej współpracy z innymi podmiotami możemy liczyć na wyjątkowo korzystne warunki cenowe.

Do pkt 3. Zaznaczam, że zamierzam realizować przedmiot zamówienia przy użyciu własnego sprzętu, na którym pracować będą pracownicy zatrudnieni bezpośrednio w mojej firmie, co zdecydowanie ułatwia organizację prac przy realizacji zamówienia. Doświadczenie zdobyte przez naszą firmę podczas realizacji różnorodnych zadań stanowi nieoceniony kapitał w planowaniu i wykonywaniu prac. Dzięki zgromadzonemu know-how jesteśmy w stanie z dużą dokładnością oszacować nakład czasu pracy niezbędny do zrealizowania określonych robót. Ta wiedza pozwala na określenie ram czasowych oraz optymalne zarządzanie harmonogramem projektu.

Do pkt 4. Moja firma jest w pełni zobowiązana do przestrzegania przepisów dotyczących kosztów pracy, w tym minimalnego wynagrodzenia za pracę i minimalnej stawki godzinowej, ustalonych na podstawie ustawy z dnia 10 października 2002 roku o minimalnym wynagrodzeniu za pracę (...) oraz innych właściwych przepisów prawa pracy i zabezpieczenia społecznego. Pracujemy w pełnej zgodności z regulacjami dotyczącymi wynagrodzeń i stawek godzinowych, aby zapewnić uczciwe i legalne warunki zatrudnienia dla naszych pracowników. Oświadczam również, że wynagrodzenie Pracowników (...) jest równe bądź wyższe od minimalnego wynagrodzenia określonego ustawą. Oświadczamy także, że firma znajduje się w dobrej kondycji finansowej i nie posiada długów w płatnościach podatków. Na dowód czego załączamy odpowiednie zaświadczenia z US i ZUS. Dowód: lista płac pracowników za miesiąc październik 2024 r.

Do pkt 5. Oświadczam, że nie otrzymuje pomocy publicznej.

Do pkt 6. Zgodności z przepisami z zakresu prawa pracy i zabezpieczenia społecznego obowiązującymi w miejscu, w którym realizowane jest zamówienie gwarantuję standardy stosowane w mojej firmie. Pracownicy zatrudnieni przy realizacji zamówienia są opłacani zgodnie ze stawkami rynkowymi wraz z odprowadzanymi składkami w ramach zabezpieczenia społecznego.

Do pkt 7. Baza, zgodnie z rozporządzeniem stanowi moją własność, obsługa systemu BDO oraz sprawozdawczość jest wykonywana bezkosztowo (obsługa we własnym zakresie). Wykonanie zamówienia zamierzam zrealizować przy użyciu własnego sprzętu, który również spełnia wszelkie warunki związane z problematyką ochrony środowiska. Standardy realizowanych usług są zgodne z wszelkimi normami ekologicznymi. Z uwagi na specyfikę branży, podnoszenie standardów ekologicznych stanowi dla mojej firmy wyzwanie i kierunek rozwoju. Dzięki stałemu rozwojowi w tej dziedzinie, moja firma mogła osiągnąć przewagę biznesową nad innymi firmami. Jednocześnie oferta mojej firmy, może być lepiej oszacowana, a cena oferty bardziej konkurencyjna. Dowód: postanowienie o zakupie.

Do pkt 8. Nie zamierzam, realizując zamówienie publiczne korzystać z podwykonawcy. Zamówienie zrealizuję własnymi siłami, pozwoli to lepiej doprecyzować cenę oferty oraz dzięki temu, że moja firma bezpośrednio wykonywać będzie przedmiot zamówienia będę miał bezpośrednią kontrolę nad standardami oraz wymogami opisanymi w SWZ.

Odnosząc się do zauważonej różnicy, tj. pomiędzy ceną Wykonawcy, a kwotą przeznaczoną na sfinansowanie zadania cz. 1: 2 662 000,00 zł, cz. 2: 2 730 000,00 zł, jako Wykonawca nie posiadam możliwości zweryfikowania, jaki poziom cenowy kluczowych pozycji składowych założył Zamawiający podczas szacowania wartości zamówienia. W obecnej tendencji unormowania cen panujących na rynku gospodarowania odpadami komunalnymi, oferta, którą przedstawiłem była zgodna z obecnym pułapem cen w branży odpadowej. Wszystkie urządzenia oraz komponenty, które zamierzam zastosować przy realizacji zamówienia pochodzą z wiarygodnych źródeł. Zaznaczam, że wszystkie komponenty służące

realizacji zamówienia publicznego gwarantują odpowiedni zakres jaki został określony w dokumentacji zamówienia. Optymalizacja cenowa została osiągnięta poprzez indywidualne negocjacje cenowe dotyczące usług świadczonych na rzecz mojej firmy przez podmioty zewnętrzne. Co istotne, prowadzę jednocześnie kilka inwestycji w ramach zamówień publicznych. Z uwagi na ciągłość prac mam pewność utrzymania stałego i wysokiego poziomu świadczonych usług, co pozwala wypracować optymalne warunki cenowe i zapewnia komfortowe i sprawne działania. Do niniejszych wyjaśnień załączamy także referencje z realizacji zamówień publicznych co jest potwierdzeniem, iż jesteśmy godnym zaufania wykonawcą. Dzięki nabytemu doświadczeniu jestem w stanie określić nakłady finansowe na sprzęt i pracę, ale także inne związane z projektem wydatki, pozwala to mojej firmie założyć odpowiedni bufor finansowy, który pomaga ograniczyć ryzyko biznesowe podczas realizacji przedmiotowego zamówienia publicznego. Dzięki temu istnieje możliwość elastycznego reagowania na ewentualne niespodziewane sytuacje czy zmiany, minimalizując negatywne skutki dla naszych Klientów. Ponadto, doświadczenie firmy umożliwia także wnikliwe oszacowanie niezbędnych zasobów ludzkich koniecznych do wykonania zadań. Poprzez analizę wcześniejszych przetargów, możliwe jest określenie odpowiedniej liczby pracowników oraz ich kwalifikacji potrzebnych do sprawnego wykonania pracy. Dzięki temu unika się nadmiernego obciążenia zespołu lub niepotrzebnego przestoju, co przekłada się na efektywność i rentowność przedsięwzięcia. Reasumując powyższe, zaproponowana cena ofertowa, jest ceną realną, zgodną z cenami obowiązującymi na rynku, pozwalająca na wykonanie przedmiotu zamówienia zgodnie ze sztuką oraz warunkami określonymi w SWZ, jak i załącznikach do SWZ, z zachowaniem terminu wskazanego w SWZ. Dodatkowo w załączeniu do niniejszych wyjaśnień dołączamy środki dowodowe potwierdzające kluczowe koszty przyjęte do kalkulacji. (...)” Wykonawca załączył: 1. Postanowienie o nabyciu bazy, 2. Lista plac pracowników, 3. Referencje.

Zgodnie z Analizą potrzeb i wymagań Zamawiający nie wskazał kodu 20 01 21* jako objętego przedmiotem zamówienia.

SZCZEGÓŁOWY OPIS PRZEDMIOTU ZAMÓWIENIA I JEGO REALIZACJI – załącznik nr 5 do SWZ:

- II. Opis obecnego systemu wywozu i segregacji odpadów. 1. Ilość i rodzaj odpadów z obszaru Gminy Bochnia odebranych 2020 - 2023 roku przedstawiono w tabeli: Brak odpadów o kodzie 20 01 21*.

- III. Opis przedmiotu zamówienia: „(...) 2. System odbierania odpadów komunalnych nie obejmuje odpadów powstających w wyniku prowadzenia działalności gospodarczej oraz budynków użyteczności publicznej. 3. Przedmiot zamówienia należy wykonać w sposób zapewniający osiągnięcie odpowiednich poziomów recyklingu, przygotowanie odpadów do ponownego użycia i odzysku innymi metodami oraz ograniczenie masy odpadów komunalnych ulegających biodegradacji przekazywanych do składowania. 4. Zagospodarowanie zebranych odpadów komunalnych musi być zgodne z hierarchią postępowania z odpadami określoną w art. 4 ust. 1 Dyrektywy Ramowej UE w sprawie odpadów 2008/98/WE. 5. Wykonawca zobowiązany jest do odbierania i zagospodarowania odpadów komunalnych wytworzonych na nieruchomościach, na których zamieszkują mieszkańcy i przekazanych przez właścicieli nieruchomości na zasadach określonych w Regulaminie utrzymania czystości i porządku w gminie Bochnia. 6. Wykonawca jest zobowiązany do przekazywania odebranych od właścicieli nieruchomości pozostałości po selektywnie zebranych odpadach komunalnych tj. niesegregowane (zmieszane) odpady komunalne do komunalnych instalacji umieszczonych przez Marszałków Województwa na liście w Biuletynie Informacji Publicznej oraz do wskazanych instalacji komunalnych w Wojewódzkich Planach Gospodarki Odpadami Komunalnymi. 7. W przypadku odmowy przyjęcia odpadów komunalnych przez instalacje wskazane w umowie przetargowej (w oświadczeniu Wykonawcy stanowiącym załącznik do umowy) dopuszcza się przekazanie odpadów komunalnych odebranych z terenu Gminy do innych instalacji niż wskazane ww. umowie, po wcześniejszym pisemnym poinformowaniu Zamawiającego. 8. Wykonawca odbierający selektywnie zebrane odpady komunalne od właścicieli nieruchomości będzie zobowiązany do przekazania odebranych odpadów komunalnych do instalacji recyklingu, odzysku i unieszkodliwiania odpadów, zgodnie z hierarchią postępowania z odpadami, o której mowa w art. 17 i 20 Ustawy z dnia 14 grudnia 2012 r. o odpadach (tekst jednolity: Dz. U z 2023 r. poz. 1587). Tabela - Rodzaj odpadów stanowiących przedmiot zamówienia: 10. odpady niebezpieczne. (...) 13. Do gromadzenia odpadów segregowanych będzie obowiązywał system pięciu kolorowych worków: (...) 5) pomarańczowy – z napisem „Odpady Niebezpieczne” z przeznaczeniem na odpady niebezpieczne (chemikalia - np. farby, rozpuszczalniki, oleje i inne.) (...) 15. Zagospodarowanie odpadów. Wykonawca jest zobowiązany do: a) Przekazywania odebranych od właścicieli nieruchomości pozostałości po selektywnie zebranych odpadach komunalnych tj. niesegregowane (zmieszane) odpady komunalne do komunalnych instalacji umieszczonych przez Marszałków Województwa na liście w Biuletynie Informacji Publicznej oraz do wskazanych instalacji komunalnych w Wojewódzkich Planach Gospodarki Odpadami Komunalnymi. 16. W przypadku odmowy przyjęcia odpadów komunalnych przez instalacje wskazane w umowie przetargowej (w oświadczeniu Wykonawcy stanowiącym załącznik do umowy) dopuszcza się przekazanie odpadów komunalnych odebranych z terenu Gminy do innych instalacji niż wskazane ww. umowie, po wcześniejszym pisemnym poinformowaniu Zamawiającego. 17. Wykonawca odbierający selektywnie zebrane odpady komunalne od właścicieli nieruchomości

będzie zobowiązany do przekazania odebranych odpadów komunalnych do instalacji recyklingu, odzysku i unieszkodliwiania odpadów, zgodnie z hierarchią postępowania z odpadami, o której mowa w art. 17 i 20 Ustawy z dnia 14 grudnia 2012 r. o odpadach (tekst jednolity: Dz. U z 2023 r. poz. 1587). (...) 21. Częstotliwość odbierania. Harmonogram. (...) Tabela - Minimalna częstotliwość odbierania odpadów zmieszanych oraz odpadów wysegregowanych wymagana przez Zamawiającego. Rodzaj odpadów komunalnych (...) Meble i inne odpady wielkogabarytowe oraz opony, zużyte baterie, przeterminowane leki i chemikalia. (...)”

Przedmiot sporu w zakresie zarzutu 1 odwołania sprowadzał się do odpowiedzi na pytanie, czy Zamawiający prawidłowo ocenił wyjaśnienia rażąco niskiej ceny złożone w postępowaniu przez wykonawcę ANBUD, uznając je za wystarczające i wykazujące realność zaoferowanej ceny. Odwołujący podnosił, że wyjaśnienia Przystępującego sprowadzają się do ogólnych zapewnień i deklaracji nieukazujących jak powołane w wyjaśnieniach czynniki wpłynęły na cenę oferty w postępowaniu. Odwołujący argumentował, że brak przedstawienia kalkulacji czy kosztów wykonania zamówienia uniemożliwia weryfikację prawidłowości i realności zaoferowanej przez Przystępującego ceny, a stopień ogólności złożonych wyjaśnień eliminuje ewentualne wezwanie Wykonawcy do dodatkowych wyjaśnień w zakresie ceny. Izba w całości podzieliła stanowisko Odwołującego. Rozpoznając zarzuty odwołania Izba dokonała analizy treści wyjaśnień rażąco niskiej ceny złożonych na wezwanie Zamawiającego oraz zgromadzonego w sprawie materiału dowodowego w konsekwencji czego uznała, że złożone przez wykonawcę ANBUD wyjaśnienia nie uzasadniają podanej w ofercie ceny.

Na wstępie wskazania wymaga, że zgodnie z art. 224 ustawy pzp: „1. 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. 2. W przypadku gdy cena całkowita oferty złożonej w terminie jest niższa o co najmniej 30% od: 1) wartości zamówienia powiększonej o należny podatek od towarów i usług, ustalonej przed wszczęciem postępowania lub średniej arytmetycznej cen wszystkich złożonych ofert niepodlegających odrzuceniu na podstawie art. 226 ust. 1 pkt 1 i 10, zamawiający zwraca się o udzielenie wyjaśnień, o których mowa w ust. 1, chyba że rozbieżność wynika z okoliczności oczywistych, które nie wymagają wyjaśnienia; (...) 3. Wyjaśnienia, o których mowa w ust. 1, mogą dotyczyć w szczególności: 1) zarządzania procesem produkcji, świadczonych usług lub metody budowy; 2) wybranych rozwiązań technicznych, wyjątkowo korzystnych warunków dostaw, usług albo związanych z realizacją robót budowlanych; 3) oryginalności dostaw, usług lub robót budowlanych oferowanych przez wykonawcę; 4) zgodności z przepisami dotyczącymi 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 oraz z 2019 r. poz. 1564) lub przepisów odrębnych właściwych dla spraw, z którymi związane jest realizowane zamówienie; 5) zgodności z prawem w rozumieniu przepisów o postępowaniu w sprawach dotyczących pomocy publicznej; 6) zgodności z przepisami z zakresu prawa pracy i zabezpieczenia społecznego, obowiązującymi w miejscu, w którym realizowane jest zamówienie; 7) zgodności z przepisami z zakresu ochrony środowiska; 8) wypełniania obowiązków związanych z powierzeniem wykonania części zamówienia podwykonawcy. 4. W przypadku zamówień na roboty budowlane lub usługi, zamawiający jest obowiązany żądać wyjaśnień, o których mowa w ust. 1, co najmniej w zakresie określonym w ust. 3 pkt 4 i 6. 5. Obowiązek wykazania, że oferta nie zawiera rażąco niskiej ceny lub kosztu spoczywa na wykonawcy. 6. Odrzuceniu jako oferta z rażąco niską ceną lub kosztem, podlega oferta wykonawcy, który nie udzielił wyjaśnień w wyznaczonym terminie, lub jeżeli złożone wyjaśnienia wraz z dowodami nie uzasadniają podanej w ofercie ceny lub kosztu. (...)”

Artykuł 226 ust. 1 pkt 8 ustawy pzp stanowi: „1. Zamawiający odrzuca ofertę, jeżeli: (...) 8) zawiera rażąco niską cenę lub koszt w stosunku do przedmiotu zamówienia.”

W pierwszej kolejności zauważyć należy zgodnie z ugruntowanym orzecznictwem Izby, że za cenę rażąco niską uznaje się cenę poniżej kosztów własnych wykonawcy, niepozwalającą na wypracowanie zysku. Jest to cena oderwana od realiów rynkowych i nierzeczywista. Jeśli możliwe jest wykazanie, że za cenę wskazaną w ofercie wykonawca nie będzie w stanie należycie wykonać zamówienia, to znaczy, że mamy do czynienia z ceną rażąco niską.

Jak wskazano w wyroku z dnia 30 listopada 2021 r.: „Procedura badania i ustalania ceny rażąco niskiej przebiega więc w

taki sposób, że Zamawiający musi umożliwić wykonawcy wykazanie okoliczności, iż zaoferowana przez niego cena jest ceną realną. Następnie zaś na wykonawcy, zgodnie z art. 224 ust. 5 Pzp, spoczywa obowiązek wykazania, że oferta nie zawiera rażąco niskiej ceny. Rolą Zamawiającego jest ustalenie i weryfikacja czy czynniki wskazane przez wykonawcę w ramach wyjaśnień rzeczywiście istnieją, mogą być osiągnięte w ramach realiów rynkowych i na podstawie jakich założeń wykonawca zakłada realność wystąpienia tych szczególnych czynników i sprzyjających okoliczności. Treść normy art. 224 ust. 5 Pzp nie pozostawia wątpliwości, że to na wykonawcy wezwanym do złożenia wyjaśnień spoczywa obowiązek wykazania, czy możliwe i realne jest wykonanie zamówienia za określoną w ofercie cenę. (...) wyjaśnienia takie muszą być konkretne, wyczerpujące i uzasadniające realność dokonanej przez wykonawcę kalkulacji.”

Niewątpliwie więc istotą procedury wyjaśnień rażąco niskiej ceny jest wykazanie zamawiającemu, że zaoferowana przez wykonawcę cena gwarantuje należyte wykonanie zamówienia, a założenie niższej ceny wynika z właściwości danego wykonawcy, zasobów kadrowych, sprzętowych, możliwości organizacyjnych czy też współpracy z określonymi podmiotami i pozostaje ceną rynkową. Na skutek ich złożenia zamawiający powinien uzyskać pewność, co do możliwości zrealizowania zamówienia zgodnie z wymaganiami za cenę podaną w ofercie, a także co do tego, że wątpliwości zamawiającego w zakresie zbyt niskiej ceny były nieuzasadnione. W odpowiedzi na wezwanie wykonawca powinien w rzetelny i jak najpełniejszy sposób wykazać, również poprzez złożenie dowodów odpowiadających wyjaśnianym składnikom ceny, że zaoferowane przez niego ceny nie noszą znamion rażąco niskich. Co jednak kluczowe, wyjaśnienia wykonawcy muszą odpowiadać wezwaniu, szczególnie w sytuacji, gdy zamawiający precyzuje szczegółowo, jakie elementy ceny budzą jego wątpliwości. W przeciwnym razie nawet obszernie wyjaśnienia, które nie odnoszą się jednak do kwestionowanych przez zamawiającego cen, nie będą mogły zostać uznane za uzasadniające ich zaoferowanie na niskim poziomie. Izba podziela w tym zakresie stanowisko przedstawione w wyroku o sygn. akt KIO 3750/21 z dnia 18 stycznia 2022 r.: „(...) ocena wyjaśnień ceny złożonych przez wykonawcę musi odbywać się, w kontekście wezwania zamawiającego – jego szczegółowości oraz wyrażonych w nim skonkretyzowanych wątpliwości. Jeżeli Zamawiający wskaże w wezwaniu do wyjaśnień elementy ceny oferty, które jego zdaniem wymagają takich wyjaśnień to wykonawca zobowiązany jest udzielić wyjaśnień co najmniej w zakresie zakreślonym przez Zamawiającego. (...) obowiązkiem wykonawcy jest, aby w odpowiedzi na wezwanie wystosowane przez zamawiającego udzielił wyjaśnień dotyczących okoliczności, które wpłynęły na wysokość zaoferowanej ceny w taki sposób, aby na ich podstawie możliwe było jednoznaczne ustalenie, że cena oferty (odpowiednio koszt, istotna część składowa) nie jest ceną rażąco niską. Efektem składanych wyjaśnień ma być stworzenie podstaw do uznania przez zamawiającego, że podejrzenie dotyczące rażąco niskiej ceny oferty nie było uzasadnione. Podkreślić trzeba, iż nie tylko nieudzielenie wyjaśnień w wyznaczonym terminie skutkować będzie koniecznością odrzucenia oferty, ale także złożenie takich wyjaśnień, które nie uzasadniają podanej w ofercie ceny.”

Przenosząc powyższe rozważania na kanwę niniejszej sprawy Izba zwraca w pierwszej kolejności uwagę na treść wezwania Zamawiającego w zakresie rażąco niskiej ceny. Nie ulega wątpliwości, że Zamawiający sformułował wezwanie w sposób ogólny, żądając wyjaśnień m.in. w zakresie zgodności z przepisami dotyczącymi kosztów pracy i zgodności z przepisami z zakresu prawa pracy i zabezpieczenia społecznego. Izba zauważa, że Zamawiający w wezwaniu wskazał także na obowiązek złożenia wyjaśnień, przedstawienia kalkulacji ceny oferty oraz innych dowodów w przywołanym w wezwaniu zakresie. Przystępujący powinien być więc odnieść się do wyjątkowo sprzyjających mu okoliczności pozwalających na zaoferowanie konkretnej ceny czy przyjęcie kosztów na określonym poziomie, w tym, co kluczowe, wykazać zależność pomiędzy tymi czynnikami a założonymi składnikami ceny w tym postępowaniu. Co do zasady, ogólne wezwanie, w którym zamawiający nie precyzuje konkretnych składników ceny, czy też pozycji cenowych, które w jego ocenie wydają się rażąco niskie uprawnia wykonawcę zobowiązanego do udzielenia wyjaśnień w takim stopniu szczegółowości, który w jego ocenie jest wystarczający dla wykazania realności ceny. Nie oznacza to jednak, że wykonawca, jak w przedmiotowym postępowaniu, może złożyć blankietowe, dowolne wyjaśnienia, sprowadzające się wyłącznie do deklaracji o poprawności kalkulacji ceny ofertowej. Jak już zostało podniesione, nawet w kontekście ogólnego wezwania, wyjaśnienia wykonawcy powinny być na tyle rzetelne, konkretne i szczegółowe, a także poparte dowodami, aby nie pozostawiały wątpliwości co do realności ceny i pozwalały, jak słusznie podnosił Odwołujący na dokonanie ich oceny w kontekście przyjętych poziomów cenowych. Analiza złożonych przez wykonawcę ANBUD wyjaśnień prowadzi do jednoznacznego wniosku, że Wykonawca tym wymaganiom nie sprostał. Izba zwraca uwagę, że Zamawiający żądał wyjaśnień dotyczących wyliczenia ceny, co wynika wprost z przepisu art. 224 ustawy pzp. W konsekwencji Wykonawca ANBUD powinien był przedstawić co najmniej kalkulację poszczególnych składników ceny, czy też powołując się na wyjątkowo sprzyjające okoliczności przedstawić założone koszty kluczowych elementów ceny, co stanowi istotę wyjaśnień rażąco niskiej ceny, czego nie uczynił. Przy ogólnym wezwaniu zamawiającego nieprecyzującym konkretnych wątpliwości nie oczekuje się od wykonawcy wyjaśnień co do wszystkich, nawet najmniej istotnych składników cenowych, ale chociaż tych, które w sposób znaczący wpływają na cenę oferty i możliwość

wykonania zamówienia zgodnie z wymaganiami. W zależności od specyfiki danego zamówienia szczegółowa kalkulacja może okazać się wystarczającym dowodem dla stwierdzenia, że zaoferowana cena odpowiada realiom rynkowym. Przystępujący załączył co prawda dowody do wyjaśnień ceny, jednak pozostają one w oderwaniu od zaoferowanej ceny. Wykonawca nie przedstawił jaki konkretnie wpływ na cenę w tym postępowaniu ma doświadczenie wykonawcy z poprzednich postępowań czy okoliczność nabycia nieruchomości. Przystępujący złożył listę płac na potwierdzenie, że przestrzega przepisów o minimalnym wynagrodzeniu za pracę, ale nie pokazał kosztów pracy założonych w tym postępowaniu, czy zostały one wyliczone na minimalnym poziomie, zgodnym z przepisami. Wykonawca ANBUD pomimo wezwania Zamawiającego nie przedłożył żadnych dowodów, które chociaż w jakiś zakresie uzasadniałyby cenę oferty. Na podstawie złożonych wyjaśnień, pomimo ich obszerności oraz złożonych dowodów nie sposób odtworzyć, jak Wykonawca wyliczył cenę jednostkową odbioru i zagospodarowania odpadów zmieszanych i odpadów segregowanych co ostatecznie składało się na całkowitą cenę oferty. Nie można ustalić, jakie zasadnicze koszty realizacji zamówienia i na jakim poziomie zostały uwzględnione w cenie co uniemożliwia jakąkolwiek ocenę jej realności i prowadzi do wniosku o złożeniu wyjaśnień nieuzasadniających ceny.

Przechodząc szczegółowo do wyjaśnień Wykonawcy to sprowadzają się one do złożenia szeregu oświadczeń, które przy braku wskazania jakichkolwiek wyliczeń i dowodów pozostają gołosłownymi i nieweryfikowalnymi deklaracjami. Wykonawca wskazuje kolejno: *„Zarządzanie świadczonej usługi jest prowadzone, osobiście przeze mnie oraz moją żonę, co ogranicza zatrudnianie osób na stanowisku kierowniczym. Kalkulacja ceny, którą Wykonawca przedłożył w przedmiotowym postępowaniu uwzględnia racjonalne ceny nabycia usług oferowanych przez moją firmę.”* ale nie przedstawia żadnych danych i obliczeń matematycznych, które przedstawiałyby jaki wpływ na przyjęte przy wycenie koszty pracy ma ta okoliczność. Wykonawca powołuje się na kalkulację ceny, ale jej nie prezentuje i nie wyjaśnia jakie to konkretnie są: *„racjonalne ceny nabycia usług”*. Przystępujący wskazuje, że: *„Umowy na zagospodarowanie odpadów są zawierane z instalacjami, gdzie koszt przyjęcia jest najniższy.”* i dalej: *„Optymalizacja cenowa została osiągnięta poprzez indywidualne negocjacje cenowe dotyczące usług świadczonych na rzecz mojej firmy przez podmioty zewnętrzne.”* jednak nie łączy do wyjaśnień jako dowody tych umów gwarantujących konkurencyjne ceny stanowiących wynik negocjacji, nie pokazuje powołanych w wyjaśnieniach wyjątkowo korzystnych warunków cenowych. Wykonawca podkreśla w wyjaśnieniach realizację zamówienia przy użyciu własnego sprzętu, ale nie przedstawia dowodu na tą okoliczność. Zaznacza, że: *„Dzięki zgromadzonemu know-how jesteśmy w stanie z dużą dokładnością oszacować nakład czasu pracy niezbędny do zrealizowania określonych robót.”* i dalej: *„doświadczenie firmy umożliwia także wnikliwe oszacowanie niezbędnych zasobów ludzkich koniecznych do wykonania zadań. Poprzez analizę wcześniejszych przetargów, możliwe jest określenie odpowiedniej liczby pracowników oraz ich kwalifikacji potrzebnych do sprawnego wykonania pracy.”* ale pomimo tego, że Wykonawca może precyzyjnie oszacować nakład czasu pracy nie przedstawia przyjętych w tym postępowaniu kosztów pracy. Podsumowując Wykonawca stwierdza, że: *„Dzięki nabytemu doświadczeniu jestem w stanie określić nakłady finansowe na sprzęt i pracę, ale także inne związane z projektem wydatki, pozwala to mojej firmie założyć odpowiedni bufor finansowy, który pomaga ograniczyć ryzyko biznesowe podczas realizacji przedmiotowego zamówienia publicznego.”* jednak nie przedstawia poziomu tych składników cenowych założonych do wyliczenia ceny w przedmiotowym postępowaniu, w tym nie wskazuje nawet jaki planuje osiągnąć zysk z realizacji zamówienia. Wyjaśnienia stanowią zbiór uniwersalnych oświadczeń o poprawności ceny, które w takim kształcie mogłyby dotyczyć każdego zamówienia, w którym Wykonawca bierze udział. Nie jest bowiem wiadome w jaki sposób Wykonawca zbudował cenę ofertową oraz że jest ona wystarczająca do pokrycia wszystkich kosztów i osiągnięcia zysku. Tak złożone wyjaśnienia nie odpowiadają nawet ogólnemu wezwaniu Zamawiającego, gdyż Zamawiający nie uzyskał żadnych nowych informacji dotyczących wyliczenia ceny. Celem instytucji wyjaśnienia rażąco niskiej ceny jest uzyskanie przez zamawiającego pewności przed podpisaniem umowy, że aspekty dotyczące wynagrodzenia wykonawcy nie wpłyną negatywnie na realizację zamówienia. Obowiązkiem wykonawcy wezwanego jest więc przedstawienie takich wyjaśnień, które przekonają zamawiającego co do powodzenia realizacji zamówienia za cenę wskazaną w ofercie przez zaakcentowanie okoliczności mających wpływ na daną wycenę, pokazanie poziomu przyjętych składników cenowych i wykazanie, że są realne i uzasadnione przez złożenie dowodów. Zdaniem Izby w przedmiotowej sprawie Wykonawca ANBUD bezsprzecznie nie podołał temu obowiązkowi, co powinno skutkować odrzuceniem oferty Wykonawcy ANBUD, który złożył wyjaśnienia nieuzasadniające zaoferowanej ceny.

Ocenę Izby wyłącznie potwierdzają argumenty Zamawiającego przedstawione w odpowiedzi na odwołanie, które opierają się na okolicznościach nie wynikających z wyjaśnień Wykonawcy ANBUD, a których Zamawiający był świadomy już na etapie kierowania do Wykonawcy wezwania. Zamawiający podnosił bowiem, że badając oferty w zakresie rażąco niskiej ceny przyjął do wartości szacowanej zamówienia również wartość zamówień podobnych co niejako „sztucznie” zawyżyło tą wartość i zdeteterminowało skierowanie wezwania do wyjaśnień do wszystkich Oferentów. Izba zauważa, że Zamawiający pomimo tej wiedzy zdecydował o skierowaniu wezwania do Wykonawców. Zamawiający nie wycofał się z

tej decyzji i nie unieważnił czynności wezwania do wyjaśnień a Przystępujący zasadności wezwania nie zakwestionował. W konsekwencji powyższego, każdy z Wykonawców był zobowiązany wyjaśnienia w zakresie ceny złożyć a Zamawiający powinien był je ocenić w sposób rzetelny z zachowaniem zasady równego traktowania wykonawców. Zamawiający zdecydował o skierowaniu wezwania więc okoliczności przez niego powołane, również na rozprawie pozostają irrelevantne dla oceny wyjaśnień Przystępującego, która nie powinna zostać przeprowadzona wyłącznie formalnie, w taki sposób, że samo ich złożenie jest wystarczające dla uznania, że wymóg ustawowy został wypełniony. Ocena wyjaśnień rażąco niskiej ceny musi dotyczyć merytoryki, co oznacza, że zamawiający jest zobowiązany zweryfikować, czy wyliczenie ceny, założenia kalkulacyjne wykonawcy są uzasadnione w świetle okoliczności przywołanych w wyjaśnieniach, i czy złożone dowody urealniają przyjęty poziom cen. Takiej oceny Zamawiający nawet nie mógł w przedmiotowej sprawie przeprowadzić, ponieważ wyjaśnienia tych aspektów nie obejmują, co powinno skutkować uznaniem ich za niewystarczające dla wykazania prawidłowości zaoferowanej ceny. Tymczasem, Zamawiający przyjął wyjaśnienia powołując się na okoliczność, że cena ofertowa jest na poziomie odpowiadającym wartości szacowanej zamówienia (bez wartości zamówień podobnych) oraz zbliżona do cen pozostałych Wykonawców, którego to porównania Zamawiający również mógł dokonać jeszcze przed otrzymaniem wyjaśnień. Zamawiający za Wykonawcą wskazuje na sprzyjające mu czynniki, które pozwoliły na obniżenie ceny, chociaż nie uzyskał wiedzy w wyniku wyjaśnień, jaki faktycznie wpływ na metodologię wyceny miały te aspekty. Wyjaśnienia Wykonawcy ANBUD nie wprowadzają bowiem żadnych innych danych niż znane Zamawiającemu na etapie przed ich złożeniem, co potwierdza ich lakoniczny charakter.

Jak słusznie wskazał Odwołujący stopień ogólności wyjaśnień uniemożliwia jakąkolwiek weryfikację prawidłowości wyliczenia ceny, skoro brak jest w nich składników cenowych czy chociażby kluczowych kosztów wykonania zamówienia jak koszty pracy, sprzętu zagospodarowania odpadów. Zgodnie z rozkładem ciężaru dowodu to Przystępujący powinien był wykazać, że oferta nie zawiera rażąco niskiej ceny (art. 537 ustawy pzp), co oczywiście nie zwalnia Odwołującego z obowiązku przedstawienia argumentacji uzasadniającej podniesione zarzuty. W przedmiotowej sprawie Odwołujący powołał się na okoliczność złożenia przez Przystępującego wyjaśnień niewystarczających, nieuzasadniających zaoferowanej ceny. Trudno, aby w świetle ogólnej treści złożonych przez ANBUD wyjaśnień, braku jakichkolwiek składników cenowych przyjętych przez tego Wykonawcę, Odwołujący, zgodnie z oczekiwaniem Przystępującego wyrażonym na rozprawie, wykazywał nierealność i rażąco niski charakter ceny oferty ANBUD. Aby Odwołujący mógł postawić w tym zakresie sprecyzowany zarzut to uprzednio wyjaśnienia Przystępującego w odpowiedzi na wezwanie Zamawiającego musiałyby być rzeczowe i konkretne, co jednak nie miało miejsca w niniejszej sprawie. Odwołujący podał w wątpliwość wyłącznie powołane przez Przystępującego w wyjaśnieniach okoliczności, które przedstawia jako wpływające na obniżenie ceny oferty, a to możliwość obsługi systemu BDO i sprawozdawczości bez ponoszenia kosztów. Odwołujący zaznacza także znaczne odległości od granicy Gminy Bochnia instalacji wskazanych przez Przystępującego w ofercie. Wątpliwości takie mogłyby być rozważane do ewentualnego dodatkowego wyjaśnienia niemniej jednak, jak już Izba wskazała, Przystępujący złożył wyjaśnienia o takim stopniu ogólności, że ponowne wezwanie do wyjaśnień stanowiłoby naruszenie zasad postępowania, gdyż niewątpliwie stanowiłoby powtórzenie wezwania pierwotnego o kalkulację ceny, której Przystępujący nie przedstawił. Warunkiem skorzystania z takiej możliwości jest sytuacja, kiedy w odpowiedzi na ogólne wezwanie zamawiającego do wyjaśnień wykonawca złoży szczegółowe, rzetelne, konkretne wyjaśnienia co do kalkulacji ceny wraz z dowodami ją urealniającymi. W przedmiotowej sprawie mając na względzie ogólną treść wyjaśnień Przystępującego, zgodnie z utrwalonym orzecznictwem Izby kierowanie kolejnego wezwania do wyjaśnień i wyliczenia ceny byłoby nieuprawnione (tak też w wyroku Krajowej Izby Odwoławczej z dnia 8 października 2020 r., sygn. akt: KIO 2239/20, KIO 2240/20, w którym Izba wskazała, że: „skierowanie powtórnego wezwania do złożenia wyjaśnień możliwe jest tylko w szczególnie uzasadnionych przypadkach i może dotyczyć wykonawcy, który rzetelnie złożył pierwsze wyjaśnienia, np. gdy w świetle złożonych wcześniej wyjaśnień pojawiły się u zamawiającego nowe wątpliwości. Izba w pełni podziela pogląd wyrażony uprzednio m.in. w wyroku z 13 października 2014 r. sygn. akt KIO 2025/14 oraz w wyroku z 28 lipca 2017 r. sygn. akt 1431/17, że ponowienie wezwania nie może stanowić próby ratowania oferty, wówczas gdy wykonawca składa wyjaśnienia zbyt ogólne, niekonkretne, nierzeczowe, niepoparte faktami, wykonawca ma bowiem obowiązek dołożyć wszelkich starań, aby na pierwsze wezwanie zamawiającego rzetelnie wyjaśnić okoliczności, które uzasadniają wysokość ceny jego oferty. Zamawiający nie może wzywać jednak wykonawcy kilkakrotnie do uszczegółowienia i skonkretyzowania ogólnikowych twierdzeń podanych wcześniej, prowadziłoby to bowiem do naruszenia zasady uczciwej konkurencji i równego traktowania wykonawców, poprzez sugerowanie wykonawcy, jakie wyjaśnienia powinien ostatecznie złożyć.” Czy też w wyroku KIO 643/21 z dnia 19 marca 2021 r.: „Izba wskazuje, że niezłożenie wystarczających wyjaśnień powinno skutkować odrzuceniem oferty, nie zaś skierowaniem do wykonawcy kolejnego wezwania do wyjaśnień. Chociaż ustawa nie formułuje wprost takiego zakazu, to jednak wynika on z przepisów art. 90 ust. 2 i 3 ustawy Pzp w związku z art. 7 ust. 1 ustawy Pzp. Po pierwsze, z przepisów tych wprost wynika, że niewywiązanie się przez wykonawcę z ciężaru wykazania prawidłowości

ceny aktualizuje obowiązek jej odrzucenia. Po drugie zauważenia wymaga, że dopuszczenie wielokrotnego wzywania do wyjaśnień może prowadzić do naruszenia zasady uczciwej konkurencji i równego traktowania wykonawców. Gdyby bowiem przyjąć, że złożenie niewystarczających wyjaśnień powinno skutkować kolejnym wezwaniem, to powstaje pytanie, ile takich kolejnych szans wykonawca powinien otrzymać i czy prowadzenie procedury wyjaśniającej powinno trwać tak długo, aż wyjaśnienia będą mogły być uznane za wystarczające. W takiej sytuacji, która daje zamawiającemu prawo uznaniowego decydowania o tym, ile razy wykonawca otrzyma możliwość uzupełnienia i doprecyzowania swoich wyjaśnień, powstaje też ryzyko nierównego traktowania wykonawców, poprzez zróżnicowanie ich szans na wykazanie prawidłowości ceny. W związku z tym w orzecznictwie Izby ukształtowane i trwale prezentowane jest stanowisko, zgodnie z którym zasadą jest jednokrotne wezwanie do złożenia wyjaśnień dotyczących ceny, a czynność ponownego wezwania można by uznać za usprawiedliwioną tylko wtedy, gdyby złożone wyjaśnienia, które mogą być uznane za rzetelne i wiarygodne, dostarczyły określonych informacji powodujących nowe, wymagające usunięcia wątpliwości lub obejmują kwestie, co do których zamawiający musi się jeszcze ostatecznie upewnić. Nie można jednak oczekiwać ponownego wezwania do wyjaśnień, jeśli wykonawca w odpowiedzi na pierwsze wezwanie, nie wywiązuje się ze spoczywającego na nim obowiązku, składając wyjaśnienia ogólne, nieprecyzyjne i gołosłowne – jak to miało miejsce w niniejszej sprawie.” (podobnie wyrok z dnia 20 stycznia 2021 r., sygn. akt: KIO 3448/20).

Konkludując powyższe Izba stwierdziła, iż wyjaśnienia ceny oferty złożone przez wykonawcę ANBUD były ogólnikowe, nie wyjaśniały sposobu zbudowania ceny ofertowej uniemożliwiając weryfikację prawidłowości przyjętej ceny. Tym samym Wykonawca nie dołożył należytej staranności w wyjaśnieniu Zamawiającemu sposobu kalkulacji ceny oferty, przez co nie wykazał, że zaoferowana przez niego cena nie jest ceną rażąco niską. Jednocześnie okoliczności faktyczne sprawy nie uzasadniały kontynuowania procedury wyjaśnień ceny oferty, co musiało skutkować nakazaniem przez Izbę odrzucenia w części 2 zamówienia oferty wykonawcy ANBUD na podstawie art. 226 ust. 1 pkt 8 ustawy pzp w zw. z art. 224 ust. 6 ustawy pzp.

W konsekwencji zarzut nr 3 odwołania zaniechania wezwania Wykonawcy ANBUD do złożenia dodatkowych wyjaśnień jako zarzut ewentualny, podniesiony z ostrożności procesowej w przypadku nieuwzględnienia zarzutu 1 odwołania Izba pozostawiła bez rozpoznania zgodnie z wnioskiem Odwołującego, potwierdzonym na rozprawie.

Przechodząc do zarzutu 2 odwołania, postawionego jako zarzut główny a nie ewentualny, co potwierdził pełnomocnik Odwołującego na rozprawie, wskazania wymaga, że spór sprowadzał się do odpowiedzi na pytanie czy Zamawiający powinien był odrzucić ofertę Przystępującego na podstawie art. 226 ust. 1 pkt 5 ustawy pzp jako niezgodną z warunkami zamówienia. Odwołujący podnosił, że Zamawiający wymagał w OPZ, aby zagospodarowanie odpadów odbywało się do instalacji docelowego ich zagospodarowania zgodnie z hierarchią postępowania z odpadami, o której mowa w art. 17 i 20 ustawy z dnia 14 grudnia 2012 r. o odpadach (tekst jednolity: Dz. U z 2023 r. poz. 1587), a nie jedynie do pośredników, uprawnionych do ich zbierania (a nie przetwarzania w postaci odzysku czy też unieszkodliwiania). Odwołujący wywodził, że trzy instalacje wskazane przez Przystępującego w ofercie są wyłącznie uprawnione do zbierania odpadów o kodzie 20 01 21* (tj. lamp fluorescencyjnych i innych odpadów zawierających rtęć) - okoliczność bezsporna, co w konsekwencji powoduje, że oferta ANBUD jest niezgodna z warunkiem OPZ zagospodarowania odpadów do instalacji docelowego ich zagospodarowania. Izba nie podzieliła stanowiska Odwołującego.

Na wstępie wskazania wymaga, że zgodnie z art. 226 ust. 1 pkt 5 ustawy pzp: „1. Zamawiający odrzuca ofertę, jeżeli: (...) 5) jej treść jest niezgodna z warunkami zamówienia.” Natomiast w myśl art. 7 pkt 29 ustawy pzp: „Ilekroć w niniejszej ustawie jest mowa o: 29) warunkach zamówienia – należy przez to rozumieć warunki, które dotyczą zamówienia lub postępowania o udzielenie zamówienia, wynikające w szczególności z opisu przedmiotu zamówienia, wymagań związanych z realizacją zamówienia, kryteriów oceny ofert, wymagań proceduralnych lub projektowanych postanowień umowy w sprawie zamówienia publicznego.”

Zaznaczenia wymaga, że zamawiający aby odrzucić ofertę na podstawie przywołanego przepisu jest zobowiązany przeprowadzić analizę porównawczą treści oferty oraz warunków zamówienia (w szczególności, co do zakresu, ilości, jakości, warunków realizacji i innych elementów istotnych dla wykonania zamówienia), które stanowią merytoryczne postanowienia oświadczeń woli odpowiednio: zamawiającego, który w szczególności przez opis przedmiotu zamówienia precyzuje i uszczegóławia, jakiego świadczenia oczekuje po zawarciu umowy w sprawie zamówienia publicznego, oraz wykonawcy, który zobowiązuje się do wykonania tego świadczenia w razie wyboru złożonej przez niego oferty (zdefiniowanej w art. 66 kodeksu cywilnego) jako najkorzystniejszej. Dokonanie takiego porównania przesądza o tym, czy treść złożonej w postępowaniu oferty odpowiada warunkom zamówienia. Niezgodność treści oferty z warunkami zamówienia zachodzi więc, gdy zawartość merytoryczna złożonej w danym postępowaniu oferty nie odpowiada ukształtowanym przez zamawiającego i zawartym w SWZ wymaganiom. Istotnym jest, że niezgodność oferty z warunkami zamówienia musi po pierwsze być oczywista i niewątpliwa, czyli zamawiający musi mieć pewność co do

niezgodności oferty z jego oczekiwaniami, przy czym postanowienia SWZ powinny być jasne i klarowne (tak też: wyrok z dnia 22 września 2020 roku, sygn. akt: KIO 1864/20; wyrok z dnia 20 stycznia 2020 roku, sygn. akt: KIO 69/20). Po drugie, odrzucenie oferty nie może nastąpić z błahych, czysto formalnych powodów nie wpływających na treść złożonej oferty, jak również, gdy zamawiający ma możliwość poprawienia błędów jakie zawiera oferta.

Przenosząc powyższe na kanwę niniejszej sprawy Izba w pierwszej kolejności zauważa za Przystępującym, że z opisu przedmiotu zamówienia nie wynika, że Zamawiający wymaga odbioru i zagospodarowania odpadów o kodzie 20 01 21*. Zamawiający nie sprecyzował tych odpadów ani przez podanie kodu odpadu, ani przez wskazanie nazwy odpadów, które przywołuje Odwołujący. Jedyne odpady niebezpieczne, które zostały podane w sposób bezpośredni to: chemikalia, zużyte opony, przeterminowane leki oraz zużyte baterie i akumulatory. Bezspornym było, że wykonawcy byli zobowiązani wskazać w ofercie instalacje dla odpadów zmieszanych i dla odpadów segregowanych. Zdaniem Izby brak jednak podania przez Przystępującego instalacji przetwarzania odpadów o kodzie 20 01 21* jako instalacji docelowego ich zagospodarowania nie powoduje niezgodności oferty z warunkami zamówienia, skoro takiego odpadu niebezpiecznego Zamawiający nie podał wprost w OPZ, jako objętego przedmiotem zamówienia, a co dodatkowo wyłącznie potwierdza Analiza potrzeb i wymagań, która nie objęła potrzebami Zamawiającego kodu odpadu 20 01 21*. Odrzucenie oferty za niezgodność z warunkami zamówienia może nastąpić wyłącznie w sytuacji, gdy ta niezgodność jest oczywista i niewątpliwa. Tymczasem Odwołujący nie wykazał, że w ramach odbioru i zagospodarowania odpadów niebezpiecznych Zamawiający wymagał również zagospodarowania odpadu o kodzie 20 01 21*. Samo wskazanie w OPZ „odpady niebezpieczne” nie jest precyzyjne, a pozostałe postanowienia świadczą o tym, że odpadami objętymi przedmiotem zamówienia w ramach tej grupy będą chemikalia, zużyte opony, przeterminowane leki oraz zużyte baterie i akumulatory. Co więcej, z Tabeli prezentującej ilości i rodzaje odbieranych odpadów w poprzednich latach nie wynika, aby odpady o kodzie 20 01 21* były w ogóle odbierane z obszaru Gminy Bochnia.

Abstrahując od powyższego, nawet jeśliby uznać, że opis przedmiotu zamówienia determinuje odebranie i zagospodarowanie odpadów o ww. kodzie to Odwołujący nie wykazał, aby miały być to takie ilości odpadów, które nie pozwalają na podanie w ofercie instalacji zbierającej odpady jak to uczynił Przystępujący. Izba za Zamawiającym wskazuje: *„Żądanie wskazania instalacji, do których przekazywane mają być zebrane z terenu Gminy Bochnia odpady, wynika z realizacji obowiązku określonego w art. 6d ust. 4 pkt 5 ustawy z dnia 13 września 1996 r. ustawy o utrzymaniu czystości i porządku w gminach. Zgodnie z tym przepisem wójt, burmistrz lub prezydent miasta w przypadku sporządzania dokumentów zamówienia określa w nich w szczególności instalacje, w szczególności instalacje komunalne, do których podmiot odbierający odpady komunalne od właścicieli nieruchomości, jest obowiązany przekazać odebrane odpady - w przypadku udzielania zamówienia publicznego na odbieranie odpadów od właścicieli nieruchomości lub zobowiązuje do wskazania takich instalacji w ofercie – w przypadku udzielania zamówienia publicznego na odbieranie i zagospodarowywanie tych odpadów; w przypadku niewielkich ilości odebranych odpadów selektywnie zbieranych możliwe jest wskazanie podmiotu zbierającego te odpady.”* Z dokumentów zamówienia nie wynika, aby ilości odpadów niebezpiecznych planowane do odebrania i zagospodarowania były ilościami większymi niż „niewielkie”. Co więcej, analiza dotychczas odbieranych odpadów na terenie Gminy Bochnia (ostatnie cztery lata) prowadzi do wniosku, że odpady takie jak: zużyte opony, urządzenia zawierające freony, zużyte urządzenia elektryczne i elektroniczne- stanowiły ok. 1,5 do 2% całkowitej masy odpadów (rocznie całkowita masa odpadów to około 5000 ton odpadów, z czego ww. odpady stanowiły około 85 ton), co zdaniem Izby spełnia określenie „niewielkich ilości”, a przy tym nieobjętych w poprzednich latach odpadów o kodzie 20 01 21*. W świetle powyższego nie sposób uznać, aby Przystępujący zamierzał realizować zamówienie niezgodnie z warunkami zamówienia i przepisami prawa, co miałooby skutkowaniem odrzuceniem oferty na podstawie art. 226 ust. 1 pkt 5 ustawy pzp. Dlatego też Izba oddaliła zarzut 2 odwołania.

O kosztach postępowania odwoławczego orzeczono na podstawie art. 557, art. 574 i art. 575 ustawy pzp oraz w oparciu o przepisy § 5 pkt 1 oraz § 7 ust. 2 pkt 1 i ust. 3 z 2020 r. poz. 2437), stosownie do wyniku postępowania obciążając kosztami postępowania Zamawiającego w części 1/2 i Odwołującego w części 1/2.

Na koszty postępowania odwoławczego składał się wpis uiszczony przez Odwołującego w wysokości 15.000,00 zł. Odwołujący poniósł dotychczas koszty postępowania odwoławczego w wysokości 15.000,00 zł tytułem wpisu od odwołania, tymczasem odpowiadał za nie do wysokości 7500,00 zł (15.000,00 zł x 1/2). Wobec powyższego Izba zasądziła od Zamawiającego na rzecz Odwołującego kwotę 7500,00 zł, stanowiącą różnicę pomiędzy kosztami poniesionymi dotychczas przez Odwołującego a kosztami postępowania, za jakie odpowiada w świetle jego wyniku.

Mając na względzie powyższe orzeczono jak w sentencji.

Przewodniczący: