

WYROK

Warszawa, 31 grudnia 2024 r.

Krajowa Izba Odwoławcza - w składzie:

Przewodniczący: Emil Kuriata

Protokolant: Aldona Karpińska

po rozpoznaniu na rozprawie odwołania wniesionego do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej 9 grudnia 2024 r. przez wykonawcę REMONDIS Kraków S.A., ul. Półtanki 64; 30-740 Kraków, w postępowaniu prowadzonym przez zamawiającego Gmina Tarnów, ul. Krakowska 19; 33-100 Tarnów,
przy udziale uczestnika po stronie zamawiającego - K.W. prowadzącego działalność gospodarczą pod firmą P.U.H. EcoTech K.W., ul. Kościuszki 65C; 28-130 Stopnica,

orzeka:

1. Umarza postępowanie odwoławcze w zakresie zarzutu nr 1 dotyczącego naruszenia art. 224 ust. 2 pkt 1 Pzp w zw. z art. 16 pkt 1 i 2 Pzp.
2. Uwzględnia odwołanie i nakazuje zamawiającemu: unieważnienie czynności wyboru oferty najkorzystniejszej, ponowne badanie i ocenę ofert, w tym wezwanie wykonawcy K.W. prowadzącego działalność gospodarczą pod firmą P.U.H. EcoTech K.W. do wyjaśnień (w tym złożenia dowodów) w zakresie wyliczenia zaoferowanej zamawiającemu istotnej części składowej ceny oferty, tj. stawki za odbiór i zagospodarowanie odpadów o kodzie 15 01 01 (opakowania z papieru i tektury).
3. Kosztami postępowania obciąża zamawiającego Gminę Tarnów, ul. Krakowska 19; 33-100 Tarnów i:
 - 3.1. zalicza w poczet kosztów postępowania odwoławczego kwotę 15 000 zł 00 gr (słownie: piętnaście tysięcy złotych zero groszy) uiszczoną przez wykonawcę REMONDIS Kraków S.A., ul. Półtanki 64; 30-740 Kraków tytułem wpisu od odwołania oraz kwotę 3 600 zł 00 gr (słownie: trzy tysiące sześćset złotych zero groszy) poniesioną przez wykonawcę REMONDIS Kraków S.A., ul. Półtanki 64; 30-740 Kraków, tytułem wynagrodzenia pełnomocnika,
 - 3.2. zasądza od zamawiającego Gminy Tarnów, ul. Krakowska 19; 33-100 Tarnów na rzecz wykonawcy REMONDIS Kraków S.A., ul. Półtanki 64; 30-740 Kraków łączną kwotę 18 600 zł 00 gr (słownie: osiemnaście tysięcy sześćset złotych zero groszy) poniesioną przez wykonawcę REMONDIS Kraków S.A., ul. Półtanki 64; 30-740 Kraków stanowiącą koszty postępowania odwoławczego.

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 4649/24

Uzasadnienie

Zamawiający – Gmina Tarnów - prowadzi postępowanie o udzielenie zamówienia publicznego, pn. „*Odbiór i zagospodarowanie odpadów komunalnych z nieruchomości zamieszkałych na terenie Gminy Tarnów*”.

9 grudnia 2024 roku, wykonawca REMONDIS Kraków S.A. (dalej „*odwołujący*”) wniósł odwołanie do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej. Odwołanie dotyczy części III zamówienia - Sektora III zachodniego.

Odwołujący zarzucił zamawiającemu naruszenie:

1. art. 224 ust. 2 pkt 1 Pzp w zw. z art. 16 pkt 1 i 2 Pzp przez zaniechanie wezwania wykonawcy P.U.H. EcoTech K.W. (dalej jako „EcoTech”) do wyjaśnień
(w tym złożenia dowodów) w zakresie wyliczenia zaoferowanej zamawiającemu ceny
w sytuacji, gdy całkowita cena ofertowa EcoTech jest niższa o ponad 30% od wartości zamówienia (dla części III) powiększonej o należny podatek od towarów i usług, ustalonej przed wszczęciem postępowania przez zamawiającego, a rozbieżność w tym zakresie nie wynika z okoliczności oczywistych, które nie wymagają wyjaśnienia,
co skutkować powinno obligatoryjnym wezwaniem wykonawcy do wyjaśnień ceny;
2. ewentualnie (w przypadku uznania za niezasadny zarzutu z pkt 1 powyżej) art. 224 ust. 1 i ust. 2 pkt 1 Pzp w zw. z art. 16 pkt 1 Pzp przez zaniechanie wezwania wykonawcy EcoTech do wyjaśnień (w tym złożenia dowodów) w zakresie wyliczenia zaoferowanej zamawiającemu istotnej części składowej ceny oferty, tj. stawki za odbiór i zagospodarowanie odpadów o kodzie 15 01 01 (opakowania z papieru i tektury)
w sytuacji, gdy zaoferowana przez EcoTech stawka za odbiór i zagospodarowanie odpadów tej frakcji jest niższa o ponad 30% od szacowanej przez zamawiającego przed wszczęciem postępowania wartości tej stawki,

jak również jest niższa o ponad 30% od średniej arytmetycznej cen za odbiór i zagospodarowanie odpadów tej frakcji, jakie zaoferowali (w ramach części III postępowania) wszyscy wykonawcy, których oferty nie podlegały odrzuceniu na podstawie art. 226 ust. 1 pkt 1 i 10 Pzp, co skutkować powinno obligatoryjnym wezwaniem wykonawcy do wyjaśnień tej części składowej ceny;

- 3.art. 128 ust. 1 Pzp w zw. z art. 16 pkt 1 Pzp przez zaniechanie wezwania EcoTech do uzupełnienia podmiotowego środka dowodowego potwierdzającego spełnienie warunku udziału w postępowaniu, o którym mowa w rozdz. V ust. 1 lit. c) SWZ dotyczącego sytuacji ekonomicznej lub finansowej w sytuacji, gdy przedłożony przez EcoTech dokument w postaci polisy ubezpieczenia odpowiedzialności cywilnej ogólnej nr 1. wskazuje, że EcoTech był objęty ochroną ubezpieczeniową wyłącznie do 25 listopada 2024 r., co oznacza, że w momencie, w którym zamawiający dokonywał wyboru oferty najkorzystniejszej spełnienie warunku udziału w postępowaniu dotyczącego sytuacji ekonomicznej lub finansowej nie było wykazane przez EcoTech, co z kolei powinno skutkować zastosowaniem względem tego wykonawcy procedury,
- o której mowa w art. 128 ust. 1 Pzp.

Odwolujący wniósł o uwzględnienie odwołania i nakazanie zamawiającemu podjęcia następujących czynności:

1) unieważnienia czynności wyboru oferty najkorzystniejszej;

2) powtórzenia czynności badania i oceny ofert, a w ramach tego:

a) wezwanie EcoTech do wyjaśnień (w tym złożenia dowodów) w zakresie wyliczenia ceny oferty, względnie stawki za odbiór i zagospodarowanie odpadów o kodzie 15 01 01,

b) wezwanie EcoTech do uzupełnienia podmiotowego środka dowodowego potwierdzającego spełnienie warunku udziału w postępowaniu, o którym mowa w rozdz. V ust. 1 lit. c) SWZ dotyczącego sytuacji ekonomicznej lub finansowej.

Odwolujący wskazał, że jest uprawniony do wniesienia odwołania zgodnie z art. 505 ust.1 ustawy Pzp. Oferta odwołującego została sklasyfikowana na drugim miejscu tzw. rankingu ofert złożonych w postępowaniu, za ofertą EcoTech. W wyniku naruszenia przez zamawiającego ww. przepisów ustawy, interes odwołującego w uzyskaniu zamówienia doznał uszczerbku, bowiem wybór oferty EcoTech jest co najmniej przedwczesny. Na obecnym etapie nie sposób bowiem wykluczyć, że oferta EcoTech będzie podlegała odrzuceniu, co z kolei umożliwiłoby odwołującemu uzyskanie zamówienia. Szkoda, jaką może ponieść odwołujący w wyniku naruszenia przez zamawiającego przepisów odpowiada więc co najmniej zyskowi, jaki odwołujący osiągnąłby realizując przedmiotowe zamówienie.

Izba ustaliła i zważyła, co następuje.

Zamawiający prowadzi postępowanie o udzielenie zamówienia publicznego z zastosowaniem przepisów ustawy Prawo zamówień publicznych wymaganych przy procedurze, której wartość szacunkowa zamówienia przekracza kwoty określone w przepisach wydanych na podstawie art. 3 ustawy Prawo zamówień publicznych.

Krajowa Izba Odwoławcza stwierdziła, że odwołujący posiada interes w uzyskaniu przedmiotowego zamówienia, kwalifikowany możliwością poniesienia szkody w wyniku naruszenia przez zamawiającego przepisów ustawy, o których mowa w art. 505 ust. 1 ustawy Pzp, co uprawniało go do złożenia odwołania.

Izba stwierdziła, że nie zachodzą przesłanki do odrzucenia odwołania.

Odwolujący na posiedzeniu oświadczył, iż wycofuje zarzut nr 1 odwołania. Wobec oświadczenia odwołującego, do rozpoznania na rozprawie zostały skierowane zarzuty 2 i 3 odwołania.

Uwzględniając dokumentację z przedmiotowego postępowania o udzielenie zamówienia publicznego, jak również biorąc pod uwagę oświadczenia i stanowiska stron oraz przystępującego, złożone w pismach procesowych, jak też podczas rozprawy Izba stwierdziła, iż odwołanie zasługuje na uwzględnienie.

W ocenie Krajowej Izby Odwoławczej zarzuty odwołującego (nr 2 i 3) są zasadne. Krajowa Izba Odwoławcza podzielając w całości stanowisko odwołującego (za wyrokiem Sądu Okręgowego w Warszawie z 25.08.2015 r., sygn. akt: XXIII Ga 1072/15: *Izba ma prawo podzielić zarzuty i wartościową argumentację jednego z uczestników, zgodnie z zasadą swobodnej oceny dowodów*), wskazuje, co następuje.

Zarzut nr 2.

Odwolujący wskazał, iż w zaistniałych okolicznościach faktycznych obowiązkiem zamawiającego wynikającym z art. 224 ust. 1 oraz 2 pkt 1 Pzp było co najmniej wezwanie EcoTech do wyjaśnień, w tym złożenia dowodów w zakresie wyliczenia istotnej części składowej ceny, jaką jest stawka za odbiór i zagospodarowanie papieru.

EcoTech, za odbiór i zagospodarowanie tej frakcji odpadów, zaoferował zamawiającemu stawkę 100 zł brutto. Cena ta jest więc niższa o 81% od średniej arytmetycznej cen za odbiór i zagospodarowanie odpadów tej frakcji, jakie zaoferowali wszyscy wykonawcy, których oferty nie podlegały odrzuceniu na podstawie art. 226 ust. 1 pkt 1 i 10 Pzp. Co więcej, sam zamawiający, w dokumencie „Szacowanie wartości zamówienia” przyjął, że cena netto za odbiór i zagospodarowanie odpadów o kodzie 15 01 01 to 800 zł, co daje kwotę 864 zł brutto. Tym samym zaoferowana przez EcoTech stawka 100 zł, jest niższa od szacowanej przez zamawiającego ceny o 88,4%. W dokumencie „Szacowanie

wartości zamówienia" zamawiający odwoływał się do cen z sąsiednich gmin, gdzie w roku 2024 r. oferowano średnio następujące stawki:

W żadnym przypadku cena za odbiór i zagospodarowanie odpadów o kodzie 15 01 01 nie jest nawet zbliżona do zaoferowanej przez EcoTech ceny 100 zł, a oscyluje wokół kwoty 800 zł brutto. Mimo to, zamawiający zaniechał wezwania wykonawcy do wyjaśnienia zaoferowanej ceny. Co więcej, w przypadku postępowania prowadzonego przez gminę Wierzchosławice

i gminę Borzęcin, oferty składał również EcoTech i za odbiór i zagospodarowanie odpadów oferował następujące ceny brutto:

- a. w gminie Borzęcin – 765 zł brutto,
- b. w gminie Wierzchosławice – 400 zł brutto.

Odwołujący zauważa, że nie sposób w jakikolwiek sposób uzasadnić, dlaczego EcoTech akurat w niniejszym postępowaniu miałby mieć możliwość zaoferowania zamawiającemu stawki 100 zł brutto za odbiór i zagospodarowanie odpadów o kodzie 15 01 01. Nie sposób zaprzeczyć, że stawka ta wydaje się być rażąco niska, zwłaszcza, że EcoTech nie jest instalacją, ani tym bardziej recyklerem papieru, więc musi przekazywać do zagospodarowania papier podmiotom trzecim. W ocenie odwołującego wręcz niemożliwym jest pokrycie ze stawki 100 zł brutto samych tylko kosztów odbioru tych odpadów, mając na uwadze niewielkie ilości odpadów, jakie prognozuje się do odbioru (231 ton w całym okresie realizacji) przy konieczności pokrycia szeregu kosztów stałych związanych ze zbiórką odpadów (m.in. paliwo, koszty pracownicze). Tym bardziej trudno sobie wyobrazić, w jaki sposób EcoTech zamierza z tej stawki pokryć koszty zagospodarowania tych odpadów, a wcześniej także przygotowania tych odpadów do przekazania do instalacji. W ocenie odwołującego jest to niemożliwe,

a oferowana przez EcoTech stawka za odbiór i zagospodarowanie odpadów o kodzie 15 01 01 ma charakter rażąco niskiej i bezspornie powinna być przedmiotem badania ze strony zamawiającego. Jak bowiem podkreśla się w orzecznictwie: „Przesłanki obowiązkowego badania ceny określone w art. 224 ust. 2 Prawa zamówień publicznych zachodzą wówczas, gdy cena oferty lub jej istotne elementy składowe jest niższa o co najmniej 30% od wartości zamówienia powiększonej o należny podatek od towarów i usług lub od średniej arytmetycznej cen wszystkich złożonych ofert” (zob. wyrok Krajowej Izby Odwoławczej z 11 lipca 2022 r., sygn. akt: KIO 1613/22).

W ocenie odwołującego, w odniesieniu do tej frakcji odpadów, są spełnione przesłanki do wezwania wykonawcy zarówno w oparciu o przepis art. 224 ust. 1 Pzp, jaki i ust. 2 pkt 1 Pzp, bowiem z jednej strony różnica procentowa w stosunku zarówno do cen innych wykonawców (średniej arytmetycznej), jak i samego zamawiającego jest wyjątkowo duża (ponad 80%),

a z drugiej strony wydaje się, że stawka 100 zł brutto powinna w sposób obiektywny wzbudzić wątpliwości zamawiającego, czy wykonawca będzie w stanie zrealizować za zaoferowaną cenę usługę w sposób zgodny z wymaganiami SWZ, zwłaszcza że zamawiający ma wiedzę co do tego, że EcoTech będzie musiał przekazywać odpady o kodzie 15 01 01 podmiotom trzecim, co zwiększa koszty realizacji usługi.

Nie może przy tym budzić wątpliwości, że cena za odbiór i zagospodarowanie odpadów o kodzie 15 01 01 stanowi istotną część składową ceny oferty wykonawcy. W ocenie odwołującego każda z wycenianych frakcji odpadów, które będą odbierane i przekazywane do zagospodarowania jest istotnym elementem składowym ceny, co wynika ze specyfiki takich zamówień. Sam ustawodawca nadał tej grupie odpadów szczególną „rangę”, bowiem zgodnie z treścią przepisu art. 3 ust. 2 pkt 5 ustawy o utrzymaniu czystości i porządku w gminach obowiązkiem gminy jest zapewnienie selektywnego zbierania odpadów komunalnych obejmującego co najmniej: papier, metale, tworzywa sztuczne, szkło, odpady opakowaniowe wielomateriałowe i bioodpady. Tym samym papier jest jedną z tych frakcji odpadów, które obowiązkowo należy zbierać w sposób selektywny, a że podstawę ustalenia wynagrodzenia za odbieranie odpadów komunalnych od właścicieli nieruchomości stanowi stawka za 1 Mg odebranych odpadów komunalnych (vide: §5 ust. 3 wzoru Umowy), to nie sposób odmówić stawce za odbiór i zagospodarowanie odpadów o kodzie 15 01 01 waloru „istotnej części składowej ceny oferty”.

Powyższe znajduje zresztą potwierdzenie w orzecznictwie Krajowej Izby Odwoławczej. Na przykład w wyroku z 25 stycznia 2022 r., gdzie wskazano następująco: „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. [...] Odbiór i zagospodarowanie odpadów rodzajów "zużyte baterie i akumulatory", "przetworzone leki i chemikalia" i "odpady budowlane 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 budowlane 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 budowlane 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" (zob. wyrok Krajowej Izby Odwoławczej z dnia 25 stycznia 2022 r., sygn. akt: KIO 69/22).

Przesłanki obowiązkowego badania ceny określone w art. 224 ust. 2 Prawa zamówień publicznych zachodzą wówczas, gdy cena oferty lub jej istotne elementy składowe jest niższa o co najmniej 30% od wartości zamówienia powiększonej o należny podatek od towarów i usług lub od średniej arytmetycznej cen wszystkich złożonych ofert (zob. wyrok Krajowej Izby Odwoławczej z 11 lipca 2022 r., sygn. akt: KIO 1613/22).

Zamawiający, odnosząc się do przedmiotowego zarzutu wskazał, iż uwzględniając oferty złożone przez odwołującego i przystępującego, a także innych uczestników postępowania, nie zachodziły przesłanki do uznania, że zachodziła konieczność skierowania wystąpień dotyczących wyjaśnienia cen zawartych w ofertach, również w zakresie wyliczenia zaoferowanej istotnej części składowej ceny, tj. stawki za odbiór i zagospodarowanie odpadów o kodzie 15 01 01 (opakowania z tektury i papieru) w sytuacji, gdy stawka za odbiór i zagospodarowanie odpadów frakcji tej oferty jest niższa o ponad 30% od szacowanej wartości tej stawki, jak również jest niższa o ponad 30% od średniej arytmetycznej cen za odbiór i zagospodarowanie odpadów tej frakcji, jakie zaoferowali (w ramach zamówienia dla części III) wszyscy wykonawcy, których oferty nie podlegały odrzuceniu. Podkreślić bowiem należy, że zgodnie z przepisem art. 224 ust. 1 ustawy, 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.

Tymczasem w odniesieniu do odpadu tej frakcji w żaden sposób nie zachodzi przesłanka o jakiej mowa w tym przepisie, tj. istotność części składowej tej ceny.

Szacowana ilość odpadów w Mg o kodzie 15 01 01- opakowania z papieru i tektury to w zakresie części III zamówienia 231 Mg a całkowita szacowana ilość odpadów to 6.657,00 Mg dowód: Opis przedmiotu zamówienia zał. Nr 1 do SWZ — aktach, Szacowanie wartości zamówienia - w aktach).

Zatem udział procentowy tej frakcji odpadu to 3,47 %, przy uwzględnieniu stosunku wartości 231 Mg do 6.657,00 Mg.

Natomiast odnosząc udział procentowy wartości szacowanej netto tej frakcji odpadu w zakresie części III zamówienia do szacowanej wartości netto całości zamówienia to 2,898733 %, przy uwzględnieniu wartości netto 184.800,00 zł / 6.375.200,00 zł = 2,898733 % (dowód: Szacowanie wartości zamówienia - w aktach).

Zamawiający w zakresie tym dokonał również symulacji, jaka byłaby wartość oferty przystępującego, gdyby zastosować do tej frakcji odpadu stawkę odwołującego.

Wyliczenie w cenach netto:

- w ofercie przystępującego jest: 231 Mg x 100,00 zł/Mg = 23.100,00 zł,
- w ofercie przystępującego przy zastosowaniu stawki odwołującego: 231 Mg x 318,60 zł/ Mg = 73.596,60 zł, co stanowi różnicę w wysokości: 73.596,60 zł - 23.100,00 zł = 50.496,60 zł.

Doliczając tę różnicę do ceny oferty przystępującego - cena jego oferty wynosiłaby: 5.857.440,00 zł + 50.496,60 zł = 5.907.936,60 zł i nadal byłaby niższa niż cena oferty odwołującego w wysokości 6.000.156,00 zł.

W ocenie zamawiającego nie spełniona została zatem przesłanka istotności części składowej tej ceny. Znajduje to także potwierdzenie orzecznictwie KIO oraz piśmiennictwie, gdzie wskazuje się, że pojęcie to należy interpretować m.in. przez odniesienie się do istotności części przedmiotu zamówienia, przynależnej danej części składowej ceny lub kosztu,

czy mają dla zamawiającego istotne znaczenie, to powinien on mieć prawo zbadania, czy za prace te wykonawca oferuje cenę, które ze względu na ich wartość, a także wielkość lub rozmiar, a tym samym znaczący udział w całości zamówienia, mają wpływ na wykonanie zamówienia. Przy czym nie ma obiektywnej wartości, o której można automatycznie o tym przesądzić, stąd też w zakresie tym znaczenie ma subiektywna ocena zamawiającego, dokonana, jednakże przy uwzględnieniu obiektywnych okoliczności dotyczących złożonych ofert. Z poszanowaniem zasad postępowania o udzielenie zamówienia publicznego, w tym uczciwej konkurencji. Dokonana w tym zakresie ocena przez zamawiającego, nie dawała podstaw do kierowania

w tym zakresie wezwania do przystępującego o złożenie stosownych wyjaśnień, tym bardziej, że w przekonaniu zamawiającego aspekt ten nie wpłynie na prawidłowość wykonania zamówienia.

Krajowa Izba Odwoławcza stwierdziła, że zarzut odwołującego jest zasadny.

Zgodnie z przepisami art. 224 ust. 1 i ust. 2 pkt 1 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. (2.1.) W przypadku gdy cena całkowita oferty złożonej w terminie jest niższa o co najmniej 30% od 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.

Nie ulega wątpliwości, że w przypadku, gdy przedmiotem zamówienia jest odbiór i zagospodarowanie odpadów komunalnych, istotną częścią składową ceny w rozumieniu przepisu art. 224 ust. 1 ustawy Pzp, jest cena za odbiór i zagospodarowanie odpadów jednej z frakcji (15 01 01) – opakowania z papieru i tektury - tym bardziej, że wchodzi ona w zakres wymaganych odrębnymi przepisami – ustawy o utrzymaniu czystości i porządku w gminach - osiągnięcia określonych poziomów recyklingu.

Nie ulega również wątpliwości, że cena oferty przystępującego, za ww. frakcję, rażąco odbiega zarówno od średniej arytmetycznej ceny ofert złożonych w tym postępowaniu jak i od wartości zamówienia ustalonej przez zamawiającego przed wszczęciem postępowania. Tym samym, w ocenie Izby, na zamawiającym spoczywał obowiązek wezwania przystępującego do złożenia wyjaśnień w zakresie zaoferowanej ceny w zakresie ww. frakcji, tym bardziej, że forma rozliczenia przyjęta przez zamawiającego w postępowaniu to rozliczanie kosztorysowe, które charakteryzuje się tym, że wynagrodzenie wykonawcy uzależnione jest od wielkości przekazanych odpadów. Dlatego też wykonawca powinien wykazać zamawiającemu, opierając się o stosowne dowody, że za podaną w ofercie cenę jest w stanie wykonać zamówienie w sposób prawidłowy, przy założeniu osiągnięcia godziwego zysku.

Za całkowicie irrelevantną z punktu widzenia oceny zasadności zarzutu odwołania Izba uznała argumentację zamawiającego polegającą na porównaniu ceny z oferty przystępującego i odwołującego i wniosków wynikających z tego porównania. Trzeba bowiem mieć na uwadze, że każdy wykonawca ma inne od konkurencji zasoby organizacyjne, umożliwiające realizację zamówienia za określoną cenę. Potwierdza tę tezę dowód zgłoszony na rozprawie przez przystępującego. Jednakże dowód ten, jako nie pozostający w związku z oceną dokonaną przez zamawiającego, nie mógł wpłynąć na rozstrzygnięcie zarzutu odwołania, gdyż na etapie oceny oferty przystępującego, w sytuacji, gdy zamawiający nie dokonywał czynności wyjaśniania ceny ofertowej, nie był znany zamawiającemu i zamawiający nie badał jego prawidłowości, czy też skuteczności w zakresie potwierdzenia stawianej tezy dowodowej.

Zarzut nr 3.

Odwołujący wskazał, iż wykonawca EcoTech przedłożył na wezwanie zamawiającego dokument w postaci polisy ubezpieczenia odpowiedzialności cywilnej ogólnej nr 1055110606, który potwierdzał objęcie ochroną ubezpieczeniową EcoTech w okresie od 26.11.2023 r. do 25.11.2024 r. Wśród załączników do protokołu postępowania nie znajduje się inny dokument, który potwierdzałby, że EcoTech jest wciąż objęte ochroną ubezpieczeniową (dowód: złożona przez EcoTech polisa ubezpieczenia odpowiedzialności cywilnej ogólnej nr 1055110606 - w aktach postępowania).

Co istotne, wybór oferty najkorzystniejszej nastąpił 27.11.2024 r., co oznacza, że w dniu, w którym zamawiający uznał ofertę EcoTech za najkorzystniejszą nie było wykazane, że wykonawca spełnia postawiony przez zamawiającego warunek udziału w postępowaniu w zakresie zdolności ekonomicznej i finansowej. Za irrelevantną należy uznać okoliczność, że w chwili, w której EcoTech składał przedmiotowe środki dowodowe polisa nr 1055110606 obowiązywała. Jak bowiem podkreśla się w orzecznictwie: „W aktualnym stanie prawnym warunki udziału w postępowaniu oraz brak podstaw do wykluczenia muszą być spełnione na dzień składania ofert (nawet jeśli wraz z ofertą nie są wymagane inne dokumenty

oprócz oświadczenia o spełnieniu warunków udziału w postępowaniu) i muszą trwać przez cały okres postępowania o udzielenie zamówienia publicznego" (zob. wyrok Krajowej Izby Odwoławczej z 22 sierpnia 2019 r., sygn. akt: KIO 1551/19). Jak słusznie zauważyła Izba w wyroku

z 9 września 2024 sygn. akt KIO 3122/24: „KIO wskazała, że aktualność środków dowodowych powinna być oceniana z punktu widzenia celu postępowania o udzielenie zamówienia, jakim jest wyłonienie wykonawcy zdolnego do wykonania zamówienia. Zatem aktualność oświadczenia składanego wraz z ofertą oraz środków dowodowych składanych na dalszym etapie postępowania nie odnosi się do konkretnego punktu na osi czasu, tylko do całego okresu prowadzenia postępowania. Punktem początkowym tego okresu jest więc upływ terminu składania ofert, a punktem końcowym zawarcie umowy w sprawie zamówienia publicznego. Oznacza to, że wykonawca ma spełniać warunki udziału w postępowaniu nie tylko na moment składania oferty, ale utrzymywać ten stan w toku postępowania, co powoduje, że wykonawca jest zobowiązany do składania na każde wezwanie zamawiającego stosownych środków dowodowych. W ocenie KIO wykładnię taką należy uznać za utrwaloną w doktrynie i orzecznictwie (wyr. KIO z 20.01.2023 r., KIO 39/23) (zob. wyrok Krajowej Izby Odwoławczej z dnia 9 września 2024 r., sygn. akt: KIO 3122/24)”. Zgodnie z art. 7 pkt 18 Pzp postępowanie o udzielenie zamówienia publicznego kończy się w momencie zawarcia umowy w sprawie zamówienia publicznego lub w momencie unieważnienia postępowania. Skoro niniejsze postępowanie nie zostało unieważnione przez zamawiającego i nie doszło jeszcze do zawarcia umowy z wykonawcą, to oznacza to, że postępowanie nadal się toczy. Skoro tak, to zamawiający nie miał podstaw do uznania, że EcoTech spełnia warunek udziału w postępowaniu, bowiem z jedynego dokumentu złożonego przez EcoTech na potwierdzenie jego spełnienia wynika, że okres ochrony ubezpieczeniowej skończył się 25 listopada 2024 r. i brak jest jakichkolwiek dokumentów, które wskazywałyby na to, że EcoTech jest jednak ubezpieczony od odpowiedzialności cywilnej, a więc że spełnia warunek udziału

w postępowaniu, o którym mowa w rozdz. V ust. 1 lit. c) SWZ. Tym samy dokument ten należy uznać za dokument zawierający błędy, tj. nie potwierdza on spełnienia odpowiednich wymagań (tu: bycia ubezpieczonym od odpowiedzialności cywilnej w zakresie prowadzonej działalności związanej z przedmiotem zamówienia na sumę gwarancyjną nie mniejszą niż 500 000 zł.). W takiej sytuacji po stronie zamawiającego aktualizował się obowiązek wynikający

z przepisu art. 128 ust. 1 Pzp, w myśl którego: Jeżeli wykonawca nie złożył oświadczenia,

o którym mowa w art. 125 ust. 1, podmiotowych środków dowodowych, innych dokumentów lub oświadczeń składanych w postępowaniu lub są one niekompletne lub zawierają błędy, zamawiający wzywa wykonawcę odpowiednio do ich złożenia, poprawienia lub uzupełnienia w wyznaczonym terminie, chyba że:

- wniosek o dopuszczenie do udziału w postępowaniu albo oferta wykonawcy podlegają odrzuceniu bez względu na ich złożenie, uzupełnienie lub poprawienie lub

- zachodzą przesłanki unieważnienia postępowania.

Skoro zamawiający nie widział podstaw do odrzucenia oferty EcoTech, jak również do unieważnienia postępowania w zakresie części III, to zobowiązany był do skierowania do EcoTech wezwania w trybie art. 128 ust. 1 Pzp i żądania poprawienia złożonego dokumentu

i wykazania, że wykonawca spełnia warunek udziału w postępowaniu. W związku z tym,

że zamawiający zaniechał tej czynności, to postawiony w petitum odwołania zarzut jest w pełni zasadny.

Zamawiający, odnosząc się do omawianego zarzutu wskazał, iż co do uzupełnienia podmiotowego środka dowodowego potwierdzającego spełnienie warunku udziału

w postępowaniu, o którym mowa w rozdz. V ust. 1 lit. „c” SWZ dotyczącego sytuacji ekonomicznej lub finansowej w sytuacji, przyznać należy - co niestety umknęło zamawiającemu, że przedłożony dokument polisy odpowiedzialności cywilnej ogólnej nr 1. wskazywał, że w sytuacji wyboru najkorzystniejszej oferty nie było wykazane spełnienie tego warunku, skoro przystępujący na podstawie tej polisy objęty był ochroną ubezpieczeniową do 25.11.2024 r.

Zamawiający wskazał, że pismem z 11.12.2024 r., działając w trybie przepisu art. 126 ust. 2 ustawy, wezwał przystępującego do przedłożenia aktualnych dokumentów potwierdzających, że jest on ubezpieczony od odpowiedzialności cywilnej w zakresie prowadzonej działalności związanej ze przedmiotem zamówienia ze wskazaniem sumy gwarancyjnej tego ubezpieczenia (dowód: wezwanie zamawiającego z 11.12.2024 r. – kopia).

Przystępujący przedłożył polisę ubezpieczenia odpowiedzialności cywilnej ogólnej nr 1055110606, na okres od 26.11.2024 r. do 25.11.2025 r., opiewającą na sumę gwarancyjną 3.000.000,00 zł, spełniając tym samym w/w warunek udziału w postępowaniu, o którym mowa w rozdz. V ust. 1 lit. „c” SWZ (dowód: pismo przystępującego z 12.12.2024 r. - kopia, Polisa ubezpieczenia odpowiedzialności cywilnej ogólnej nr 1055110606 – kopia).

Zatem przystępujący spełnia ten warunek, co zresztą było wiadome zamawiającemu, z innych zamówień realizowanych przez przystępującego.

Krajowa Izba Odwoławcza stwierdziła, że zarzut odwołującego jest zasadny.

W rozdziale V SWZ zamawiający określił warunki udziału w postępowaniu.

Zgodnie z rozdziałem V ust. 1 lit. c) SWZ o udzielenie zamówienia mogli ubiegać się wykonawcy, którzy spełniają warunki udziału w postępowaniu dotyczące sytuacji ekonomicznej lub finansowej, a wykonawca spełni ten warunek, jeżeli wykaze, że jest ubezpieczony od odpowiedzialności cywilnej w zakresie prowadzonej działalności związanej z przedmiotem zamówienia na sumę gwarancyjną nie mniejsza niż 500 000 zł.

W rozdziale VII ust. 1 SWZ zamawiający wskazał, że: *przed wyborem najkorzystniejszej oferty wzywa Wykonawcę, którego oferta została najwyżej oceniona, do złożenia w wyznaczonym terminie, nie krótszym niż 10 dni, aktualnych na dzień złożenia podmiotowych środków dowodowych (art. 126 ust. 1 pzp w związku z art. 139 pzp)*".

Zgodnie z rozdziałem VII ust. 8 pkt 3 SWZ, na potwierdzenie spełnienia warunków udziału w postępowaniu dotyczących sytuacji ekonomicznej lub finansowej, zamawiający wymagał przedłożenia dokumentów potwierdzających, że wykonawca jest ubezpieczony od odpowiedzialności cywilnej w zakresie prowadzonej działalności związanej z przedmiotem zamówienia ze wskazaniem sumy gwarancyjnej tego ubezpieczenia.

Okolicznością bezsporną w sprawie jest fakt, iż na dzień dokonania czynności zamawiającego polegającej na wyborze oferty najkorzystniejszej (przystępującego) zamawiający nie dysponował dokumentem polisy ubezpieczeniowej potwierdzającej spełnienie warunku udziału w postępowaniu. Dlatego też zasadnym było uznanie, że zamawiający zobowiązany był do wezwania przystępującego w trybie przepisu art. 128 ust. 1 ustawy Pzp do uzupełnienia rzeczonego dokumentu polisy.

Jak wynika z akt sprawy, zamawiający *de facto* uznał zarzut odwołującego za zasadny, albowiem potwierdził w swoim stanowisku – odpowiedzi na odwołanie – że powyższa okoliczność umknęła uwadze zamawiającemu i pismem z 11 grudnia 2024 roku wezwał przystępującego do przedłożenia aktualnego dokumentu potwierdzającego, że jest on ubezpieczony od odpowiedzialności cywilnej w zakresie prowadzonej działalności związanej ze przedmiotem zamówienia ze wskazaniem sumy gwarancyjnej tego ubezpieczenia.

Przystępujący brakujący dokument uzupełnił. Jednakże w ocenie Izby, zamawiający dokonał tej czynności w sposób wadliwy, gdyż aby można było w sposób prawidłowy wezwać wykonawcę do uzupełnienia brakującego dokumentu winien unieważnić czynność wyboru oferty najkorzystniejszej. Powyższe ustalenie wynika bezpośrednio z treści przepisu art. 126 ust. 1 ustawy Pzp zgodnie z którym zamawiający przed wyborem najkorzystniejszej oferty wzywa wykonawcę, którego oferta została najwyżej oceniona, do złożenia w wyznaczonym terminie, nie krótszym niż 10 dni, aktualnych na dzień złożenia podmiotowych środków dowodowych. Tym samym, skoro zamawiający uznał wadliwość swojej pierwotnej czynności, winien tę czynność unieważnić, następnie wezwać wykonawcę do uzupełnienia brakującego dokumentu, a po jego uzupełnieniu przez wykonawcę ocenić jego prawidłowość i ponownie dokonać wyboru oferty najkorzystniejszej. Zdaniem Izby, Ustawodawca nie przewidział możliwości uzupełniania dokumentów przez wykonawców po wyborze oferty najkorzystniejszej, gdyż czynność ta niejako wieńczy (kończy) etap badania i oceny oferty, od której to czynności przysługują środki ochrony prawnej przewidziane Działem IX ustawy Pzp. Zgodnie bowiem z przepisem art. 7 pkt 18 ustawy Pzp, Ilekroć w niniejszej ustawie jest mowa o postępowaniu o udzielenie zamówienia – należy przez to rozumieć postępowanie wszczynane przez przekazanie albo zamieszczenie ogłoszenia, przekazanie zaproszenia do negocjacji albo zaproszenia do składania ofert, prowadzone jako uporządkowany ciąg czynności, których podstawą są warunki zamówienia ustalone przez zamawiającego, prowadzące do wyboru najkorzystniejszej oferty lub wynegocjowania postanowień umowy w sprawie zamówienia publicznego, kończące się zawarciem umowy w sprawie zamówienia publicznego albo jego unieważnieniem, z tym że zawarcie umowy w sprawie zamówienia publicznego nie stanowi czynności w tym postępowaniu.

Przyjmując zatem, że w sprawie zamawiający, na obecnym etapie postępowania, jest w posiadaniu uzupełnionej przez przystępującego polisy ubezpieczeniowej, Izba za zbyteczne uznała nakazywanie zamawiającemu wzywania wykonawcy do jej ponownego uzupełnienia. Jednakże ocena jej prawidłowości powinna odbywać się po czynności unieważnienia czynności wyboru oferty najkorzystniejszej, aby zapewnić pozostałym wykonawcom prawo do terminowego kwestionowania czynności zamawiającego. Przemawia za tym zasada wyrażona w przepisie art. 16 pkt 1 ustawy Pzp, która stanowi, że zamawiający przygotowuje i przeprowadza postępowanie o udzielenie zamówienia w sposób zapewniający zachowanie uczciwej konkurencji oraz równe traktowanie wykonawców.

Biorąc pod uwagę powyższe, orzeczono jak w sentencji.

O kosztach postępowania orzeczono stosownie do wyniku sprawy na podstawie art. 575 ustawy Pzp oraz § 7 ust. 1 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 wysokości wpisu od odwołania

(Dz. U. poz. 2437).

Przewodniczący:.....