

Sygn. akt: KIO 2722/24

WYROK

Warszawa, dnia 19 sierpnia 2024 r.

Krajowa Izba Odwoławcza – w składzie:

Przewodniczący: Bartosz Stankiewicz

Protokolant: Tomasz Skowroński

po rozpoznaniu na rozprawie odwołania wniesionego do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej w dniu 30 lipca 2024 r. przez wykonawcę Wyburzenia M. Kwiatkowska spółkę z ograniczoną odpowiedzialnością z siedzibą w Gorzowie Wielkopolskim przy ul. Podgórnej 19 (66-400 Gorzów Wielkopolski) w postępowaniu prowadzonym przez Krajowy Ośrodek Wsparcia Rolnictwa Oddział Terenowy w Olsztynie z siedzibą w Olsztynie przy ul. Głowackiego 6 (10-448 Olsztyn)

przy udziale uczestnika po stronie zamawiającego – wykonawcy KOMA spółki z ograniczoną odpowiedzialnością z siedzibą w Ełku przy ul. Krzemowej 8B (19-300 Ełk)

orzeka:

1. Oddala odwołanie.

2. Kosztami postępowania obciąża wykonawcę Wyburzenia M. Kwiatkowska spółkę z ograniczoną odpowiedzialnością z siedzibą w Gorzowie Wielkopolskim i zalicza na poczet kosztów postępowania odwoławczego: kwotę 7 500 zł 00 gr (słownie: siedem tysięcy pięćset złotych zero groszy) uiszczoną przez ww. wykonawcę tytułem wpisu od odwołania oraz kwotę 3 600 zł 00 gr (słownie: trzy tysiące sześćset złotych zero groszy) stanowiącą koszty ww. wykonawcy poniesione z tytułu wynagrodzenia pełnomocnika.

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 2722/24

Uzasadnienie

Krajowy Ośrodek Wsparcia Rolnictwa Oddział Terenowy w Olsztynie zwany dalej „zamawiającym” prowadzi postępowanie o udzielenie zamówienia publicznego na podstawie przepisów ustawy z dnia 11 września 2019 r. Prawo zamówień publicznych (t.j. Dz. U. z 2023 r., poz. 1605 ze zm.), zwanej dalej: „Pzp”, w trybie podstawowym bez negocjacji, na *usunięcie nielegalnie porzuconych odpadów z nieruchomości położonej w obrębie Kowale Oleckie będącej w Zasobie Własności Rolnej Skarbu Państwa Krajowego Ośrodka Wsparcia Rolnictwa Oddziału Terenowego w Olsztynie* o numerze referencyjnym: OLS.WOP.260.7.2024.SB, zwane dalej jako: „postępowanie”.

Ogłoszenie o zamówieniu zostało zamieszczone w Biuletynie Zamówień Publicznych w dniu 11 czerwca 2024 r., pod numerem 2024/BZP 0000361674/01.

Szacunkowa wartość zamówienia, którego przedmiotem są usługi, jest niższa od kwot wskazanych w przepisach wykonawczych wydanych na podstawie art. 3 ust. 3 Pzp.

W dniu 30 lipca 2024 r. wykonawca Wyburzenia M. Kwiatkowska Sp. z o.o. z siedzibą w Gorzowie Wielkopolskim (zwany dalej: „odwołującym”) wniósł odwołanie od czynności (zaniechań) zamawiającego, polegających na:

- dokonaniu wyboru oferty wykonawcy KOMA Sp. z o.o. z siedzibą w Ełku za cenę 134 568,00 zł jako oferty najkorzystniejszej w postępowaniu;
- odrzuceniu oferty odwołującego zawierającej cenę 100 440,00 zł, brutto wobec błędnego uznania, że stanowi ona cenę rażąco niską, skalkulowaną poniżej minimalnych kosztów wykonania zamówienia, uniemożliwiająca należyte wykonanie zamówienia bez ponoszenia straty przez wykonawcę.

Odwołujący zarzucił zamawiającemu naruszenie następujących przepisów:

- 1) art. 239 ust. 1 Pzp, przez dokonanie wyboru oferty wykonawcy KOMA Sp. z o.o. jako oferty najkorzystniejszej w postępowaniu, podczas gdy najkorzystniejszą ofertą jest oferta odwołującego, która nie nosiła znamion rażąco niskiej ceny;
- 2) art. 226 ust. 1 pkt 8) Pzp i art. 224 ust. 6 Pzp w zw. z art. 16 pkt 1, 2 i 3 Pzp, przez odrzucenie oferty odwołującego jako oferty zawierającej rażąco niską cenę, podczas gdy treść udzielonych przez odwołującego wyjaśnień była rzetelna, konkretna i pozwalała na wykonanie zadania z godziwym zyskiem (w szczególności, z uwagi na przedstawienie

rzetelnych dowodów i kosztów wykonania zamówienia), a więc nie zawierała rażąco niskie ceny z przyczyn wskazanych szczegółowo w uzasadnieniu odwołania, w wyniku czego doszło do zaniechania przeprowadzenia postępowania o udzielenie zamówienia w sposób zapewniający zachowanie uczciwej konkurencji i równe traktowanie wykonawców oraz zgodnie z zasadami proporcjonalności i przejrzystości.

W związku z powyższym odwołujący wniósł o uwzględnienie odwołania w całości oraz nakazanie zamawiającemu:

- unieważnienia czynności wyboru oferty najkorzystniejszej;
- unieważnienie czynności odrzucenia ofert odwołującego;
- powtórzenia czynności oceny ofert i wyboru oferty najkorzystniejszej.

Odwołujący wyjaśnił, że istnienie interesu w uzyskaniu zamówienia jego po stronie wynika z faktu, że złożył ofertę w postępowaniu, która przedstawiała najniższą cenę,

w związku z czym ma realną szansę na uzyskanie przedmiotowego zamówienia. W wyniku naruszenia przepisów ustawy interes odwołującego w uzyskaniu zamówienia miał doznać uszczerbku, bowiem zamawiający dokonał wyboru oferty złożonej przez KOMA Sp. z o.o., podczas gdy najtańszą ofertą była oferta odwołującego. Zgodnie zaś z postanowieniami rozdziału XV SWZ przy wyborze oferty zamawiający kierować ma się kryterium najniższej ceny. Zważywszy na zakres podniesionych zarzutów, odwołujący wskazał, że ma szansę na uzyskanie zamówienia, ponieważ w przypadku uwzględnienia odwołania, Izba może nakazać wykonanie lub powtórzenie czynności zamawiającego lub nakazać unieważnienie czynności zamawiającego zgodnie z żądaniami odwołującego. Oznacza to, że istnieje wysokie prawdopodobieństwo, że po ponownym badaniu i ocenie ofert w wyniku wykonania wyroku Izby, zamawiający dokona wyboru oferty odwołującego jako posiadającej najniższą cenę. Dodatkowo odwołujący podkreślił, że na skutek wadliwości postępowania został narażony na szkodę związaną z utratą spodziewanego zysku z tytułu realizacji kontraktu na rzecz zamawiającego, które to zamówienie powinno zostać udzielone odwołującemu jako podmiotowi, którego oferta nie zawierała rażąco niskiej ceny. W konsekwencji, odwołujący może nie uzyskać zamówienia i w ten sposób nie osiągnąć zysku, który planował osiągnąć

w wyniku realizacji przedmiotowego zamówienia.

W uzasadnieniu odwołania, odwołujący opisał stan faktyczny sprawy i przedstawił stanowisko odnoszące się do podniesionych zarzutów.

Przystąpienie do postępowania odwoławczego po stronie zamawiającego zgłosił wykonawca KOMA Sp. z o.o. z siedzibą w Elku.

W dniu 9 sierpnia 2024 r. zamawiający złożył do akt sprawy odpowiedź na odwołanie, w której przedstawił argumentację dla wniosku o oddalenie odwołania w całości.

W dniu 13 sierpnia 2024 r. wykonawca zgłaszający przystąpienie po stronie zamawiającego złożył pismo procesowe, w którym wniósł o oddalenie odwołania.

Na podstawie dokumentacji przedmiotowego postępowania oraz biorąc pod uwagę stanowiska stron i uczestnika postępowania odwoławczego, Izba ustaliła i zważyła, co następuje:

Wobec spełnienia przesłanek określonych w art. 525 Pzp, Izba stwierdziła skuteczność przystąpienia zgłoszonego przez wykonawcę KOMA Sp. z o.o. z siedzibą w Elku, do udziału w postępowaniu odwoławczym po stronie zamawiającego (zwanego dalej jako: „przystępujący”). W związku z tym ww. wykonawca stał się uczestnikiem postępowania odwoławczego.

Izba stwierdziła, że nie została wypełniona żadna z przesłanek skutkujących odrzuceniem odwołania na podstawie art. 528 Pzp i skierowała odwołanie na rozprawę.

Izba uznała, że odwołujący posiadał interes w uzyskaniu zamówienia oraz mógł ponieść szkodę w wyniku naruszenia przez zamawiającego przepisów ustawy, czym wypełnił materialnoprawne przesłanki dopuszczalności odwołania, o których mowa w art. 505 ust. 1 Pzp.

Izba zaliczyła na poczet materiału dowodowego:

1) dokumentację przekazaną w postaci elektronicznej, zapisaną na płycie CD, przesłaną do akt sprawy przez zamawiającego w dniu 9 sierpnia 2024 r. w tym w szczególności:

- specyfikację warunków zamówienia (zwaną dalej nadal jako: „SWZ”) wraz z załącznikami;
- wezwanie z dnia 3 lipca 2024 r. skierowane do odwołującego w celu złożenia wyjaśnień w zakresie rażąco niskiej ceny;
- wyjaśnienia z dnia 9 lipca 2024 r. wraz z załącznikami złożone przez odwołującego w odpowiedzi na powyżej wskazane wezwanie;
- wezwanie z dnia 18 lipca 2024 r. skierowane do odwołującego w celu udzielenia dodatkowych wyjaśnień w zakresie rażąco niskiej ceny;
- wyjaśnienia z dnia 22 lipca 2024 r. wraz z załącznikami złożone przez odwołującego w odpowiedzi na powyżej wskazane wezwanie;
- informację o wyborze najkorzystniejszej oferty w postępowaniu z dnia 25 lipca 2024 r.

Izba ustaliła co następuje

W postępowanie zostały złożone 4 oferty.

Odwołujący pismem z dnia 3 lipca 2024 r. został wezwany przez zamawiającego, na podstawie art. 224 ust. 1 w zw. z art. 224 ust. 2 pkt 1 Pzp do wyjaśnień w zakresie rażąco niskiej ceny. W treści wezwania zamawiający wskazał m. in.:

Z ustaleń wynika, że zaferowana cena jest o 55,71% niższa od wartości zamówienia powiększonej o należny podatek od towarów i usług tj. kwoty 226 800,00 zł oraz jest o 32,80% niższa od średniej arytmetycznej cen wszystkich złożonych ofert niepodlegających odrzuceniu na podstawie art. 226 ust. 1 pkt 1 i 10 ustawy z dnia 11 września 2019 r. - Prawo zamówień publicznych (tekst jednolity Dz.U. 2023 poz. 1605 ze zm.)(zwanej dalej ustawą Pzp) tj. kwoty 149 472,00 zł.

*W związku z powyższym, Krajowy Ośrodek Wsparcia Rolnictwa Oddział Terenowy w Olsztynie działając na podstawie art. 224 ust. 1, w związku z art. 224 ust. 2 pkt 1 ustawy Pzp, zwraca się do Państwa o udzielenie szczegółowych wyjaśnień, **w tym złożenia dowodów**, w zakresie wyliczenia ceny, w celu ustalenia czy Państwa oferta zawiera rażąco niską cenę w stosunku do przedmiotu zamówienia.*

*W wyjaśnieniach należy przedłożyć **kalkulację szczegółową tj. wyliczenie przedstawiające sumę poszczególnych kosztów jednostkowych, składających się na łączną cenę ofertową**, z uwzględnieniem m.in.: wszystkich warunków i wymagań zawartych w SWZ oraz w projektowanych postanowieniach umowy, **wraz z dowodami potwierdzającymi przedstawione wyliczenia.***

(...)

W kalkulacji należy podać zysk jaki uzyska wykonawca po odliczeniu wszystkich kosztów niezbędnych do zakończenia przedmiotowego zamówienia (w tym różnego rodzaju podatków, opłat itp.).

W odpowiedzi na powyżej wskazane wezwanie odwołujący przekazał zamawiającemu wyjaśnienia wraz z załącznikami, pismem z dnia 9 lipca 2024 r. Odwołujący do wyjaśnień załączył następujące dokumenty:

- informację techniczno-finansową;
- decyzję – zezwolenie na transport odpadów;
- decyzję o nadaniu nr BDO;
- przykładowe umowy/zlecenia z zakładem utylizacji odpadów;
- cenniki zakładów utylizacji odpadów w okolicy nieruchomości z przedmiotu postępowania;
- oświadczenie o przyjęciu odpadów;
- FV za zakup tabliczek informacyjnych;
- wykaz środków trwałych;
- przykładowe referencje;
- umowy o pracę wraz z aneksami i ZUS RCA;
- zaświadczenie z ZUS i Urzędu Skarbowego o niezaleganiu w opłacaniu składek i podatków

W informacji techniczno-finansowej odwołujący wskazał m. in. zysk ogółem na kwotę 8 488,00 zł.

Odwołujący pismem z dnia 18 lipca 2024 r. został wezwany przez zamawiającego, na podstawie art. 224 ust. 1 w zw. z art. 224 ust. 2 pkt 1 Pzp do złożenia dodatkowych wyjaśnień w zakresie rażąco niskiej ceny. W treści wezwania zamawiający wskazał m. in.:

Zgodnie z ww. pismem zamawiającego z dnia 03.07.2024 r. (znak: OLS.WOP.260.7.2024.SB.14) wykonawca w swoich wyjaśnieniach miał przedstawić m.in. kalkulację szczegółową tj. wyliczenie przedstawiające sumę poszczególnych kosztów jednostkowych, składających się na łączną cenę ofertową, zawierającą m.in.:

1. koszty plantowania terenu oraz

2. koszty utylizacji odpadów, w tym koszty utylizacji azbestu. Dodatkowo wykonawca w celu potwierdzenia przedstawionych wyliczeń w zakresie kosztów utylizacji odpadów (w tym kosztów utylizacji azbestu) miał załączyć do ww. wyjaśnień dowody potwierdzające przedstawione wyliczenia tj. ofertę / cennik podmiotu zajmującego się utylizacją

odpadów/ azbestu.

(...)

Ad 2.

Do złożonych przez Państwa wyjaśnień z dnia 09.07.2024 r. załączyli Państwo informację techniczno-finansową, w której wyszczególnili Państwo m.in. następujące koszty utylizacji odpadów:

(...)

Dodatkowo do ww. wyjaśnień załączyli Państwo dowody w postaci ofert / cenników podmiotów zajmujących się utylizacją ww. odpadów tj. INNEKO Sp. z o.o. z Gorzowa Wielkopolskiego, EkoPartner Recykling Sp. z o.o. z Lubina Przedsiębiorstwa Gospodarki Odpadami „Eko-MAZURY” Sp. z o.o. z Elku oraz Przedsiębiorstwa Gospodarki Odpadami w Suwałkach Sp.

Z o.o.

Zgodnie z pismem zamawiającego z dnia 03.07.2024 r. (znak: OLS.WOP.260.7.2024.SB.14) wykonawca zobowiązany był do przedstawienia wyjaśnień wraz z kalkulacją szczegółową tj. wyliczeniem przedstawiającym sumę poszczególnych kosztów jednostkowych, składających się na łączną cenę ofertową, z uwzględnieniem m.in.: wszystkich warunków i wymagań zawartych w SWZ oraz w projektowanych postanowieniach umowy, **wraz z dowodami potwierdzającymi przedstawione wyliczenia.**

W związku z tym, że ww. podmioty zajmujące się utylizacją odpadów oferują w swoich cennikach różne stawki za utylizację odpadów o tych samych kodach odpadów oraz ze względu na to, że w pozycjach 4, 5 i 6 ww. informacji techniczno-finansowej wykonawca uwzględnił koszty wywozu odpadów do podmiotów zajmujących się ich utylizacją, zamawiający nie jest w stanie stwierdzić, w oparciu o które cenniki zostały wyliczone ceny jednostkowe za wywóz i utylizację odpadów w poz. 4, 5 i 6 informacji techniczno-finansowej.

W związku z powyższym zamawiający zwraca się do Państwa o:

1. wyjaśnienie, z usług którego podmiotu zajmującego się utylizacją odpadów zamierzacie Państwo korzystać w celu utylizacji odpadów określonych w pozycjach 4, 5 i 6 informacji techniczno-finansowej, a tym samym proszę o wskazanie cenników, na podstawie których zostały wyliczone ceny jednostkowe za wywóz i utylizację odpadów określonych w pozycjach 4, 5 i 6 informacji techniczno-finansowej;

2. przedstawienie kosztów określonych w pozycjach 4, 5 i 6 informacji techniczno-finansowej w rozbiciu na:

a) koszty utylizacji odpadów oraz

b) koszty ich wywozu.

W odpowiedzi na powyżej wskazane wezwanie odwołujący przekazał zamawiającemu wyjaśnienia wraz z załącznikami pismem z dnia 22 lipca 2024 r. Odwołujący do wyjaśnień załączył następujące dokumenty:

- cenniki zakładów utylizacji odpadów;

- zdjęcia oraz dokumenty potwierdzające realizację jednej z prac polegającej na usunięciu odpadów, wykonaną w 2024 r.

W dniu 25 lipca 2024 r. zamawiający dokonał wyboru najkorzystniejszej oferty

w postępowaniu. Za najkorzystniejszą została uznana oferta przystępującego. Jednocześnie w piśmie zawierającym informację o wyborze najkorzystniejszej oferty zamawiający wskazał, że oferta odwołującego została odrzucona na podstawie art. 226 ust. 1 pkt 8 w zw. z art. 224 ust. 6 Pzp oraz podał uzasadnienie dla tej czynności. W uzasadnieniu czynności odrzucenia oferty odwołującego, zamawiający wskazał m.in.:

Po przeanalizowaniu ww. wyjaśnień oraz załączonych do nich dowodów zamawiający stwierdził, że przedstawione w nich wyliczenia - w punkcie c) i d), są nierzetelne

i niewiarygodne, a dołączone do nich dowody są niespójne z ww. wyliczeniami. Dodatkowo przedstawione w punkcie c) i d) wyliczenia zawierają błędy, które powodują konieczność modyfikacji wyjaśnień (zmianę cen jednostkowych dla poz. 5 i 6 informacji techniczno-finansowej), a nie są uszczegółowieniem pierwotnie przedstawionych wyliczeń

w ww. pozycjach informacji techniczno-finansowej.

W punkcie c) dodatkowych wyjaśnień wykonawca oświadczył, że odpady komunalne o kodzie 20 03 99 będzie utylizować w Przedsiębiorstwie Gospodarki Sp. z o.o. w Suwałkach. Zgodnie z załączonym do ww. wyjaśnień cennikiem (załącznik do zarządzenia Nr 295/2023 Prezydenta Miasta Suwałk z dnia 21 lipca 2023 r.) opłata za przyjęcie odpadów komunalnych niewymienionych w innych podgrupach (poz. 51 cennika) do zagospodarowania w ww. przedsiębiorstwie wynosi 555,00 zł netto za 1 Mg odpadów, co daje 599,40 zł brutto przy 8% stawce podatku od towarów i usług (dalej podatek VAT). Wykonawca w swoich wyliczeniach przyjął błędną wysokość opłaty za przyjęcie odpadów komunalnych niewymienionych w innych podgrupach tj. opłatę nie uwzględniającą 8% stawki podatku VAT i przyjął ją w swoich wyliczeniach jako wartość brutto. W związku z powyższym, po zastosowaniu właściwej wysokości opłaty tj. opłaty uwzględniającej 8% stawkę podatku VAT, koszty utylizacji odpadów komunalnych określonych w punkcie c) wyjaśnień powinny wynieść 8991,00 zł brutto (15 Mg x 599,40 zł brutto), a nie 8325,00 zł brutto. Powyższa zmiana spowodowała zmianę wysokości ceny jednostkowej (z 800,00 zł brutto na 839,40 zł brutto) oraz łącznej kwoty brutto w poz. 5 informacji techniczno-finansowej tj.

pozycji dot. wywozu i utylizacji zmieszanych odpadów komunalnych o kodzie 20 03 99 (z 12000,00 zł brutto na 12591,00 zł brutto), a tym samym zmianę łącznej ceny ofertowej brutto, co jest niedopuszczalne. Zgodnie z wezwaniem do złożenia dodatkowych wyjaśnień w zakresie sposobu obliczenia ceny, która nosiła znamiona ceny rażąco niskiej w rozumieniu ustawy Pzp, wykonawca miał przedstawić m.in. koszt określony w pozycji 5 informacji technicznofinansowej w rozbiciu na koszty utylizacji odpadów oraz koszty ich wywozu czyli uszczegółowić swoje wyliczenia, a nie dokonywać ich modyfikacji. Ponadto wykonawca w punkcie c) dodatkowych wyjaśnień oświadczył, że odpady komunalne o kodzie 20 03 99 będzie transportować przy użyciu samochodu typu bus. Wykonawca przewidział 4 kursy z miejsca realizacji przedmiotu zamówienia do miejsca utylizacji tj. Przedsiębiorstwa Gospodarki Sp. z .o.o w Suwałkach, a koszt transportu wyniesie 3600,00 zł brutto. Biorąc pod uwagę ilość odpadów komunalnych do przewiezienia do miejsca utylizacji tj. 15 Mg (tj. ok. 15 ton) oraz przy założeniu 4 kursów, należy wywnioskować, że wykonawca zamierzał przewieźć jednym kursem ok. 3,75 tony odpadów komunalnych. Dodatkowo wykonawca do wyjaśnień z dnia 09.07.2024 r. załączył raport o środkach trwałych jako dowód na potwierdzenie wyliczeń dot. pracy sprzętu niezbędnego do realizacji zamówienia. Zgodnie z ww. raportem jedynym pojazdem spełniającym definicję busa przy użyciu, którego wykonawca zamierza transportować odpady komunalne jest Volkswagen Transporter. Zgodnie z informacjami powszechnie dostępnymi w Internecie pojazdy tej marki (w zależności od modelu i roku produkcji) mają dopuszczalną masę całkowitą do 3500 kg, a co za tym idzie ich ładowność jest odpowiednio mniejsza. Powyższe założenia wykonawcy są więc niewiarygodne, gdyż zakładają przewiezienie jednym kursem ładunku o masie przekraczającej dopuszczalną całkowitą masę pojazdu, co jest nierealne, a także niezgodne z obowiązującymi przepisami prawa o ruchu drogowym.

W punkcie d) dodatkowych wyjaśnień wykonawca oświadczył, że zużyte opony o kodzie 16 01 03 będzie utylizować w Przedsiębiorstwie Gospodarki Sp. z .o.o w Suwałkach. Zgodnie

z załączonym do ww. wyjaśnień cennikiem (załącznik do zarządzenia Nr 295/2023 Prezydenta Miasta Suwałk z dnia 21 lipca 2023 r.) opłata za przyjęcie zużytych opon (poz. 12 cennika) do zagospodarowania w ww. przedsiębiorstwie wynosi odpowiednio 600,00 zł netto za 1 Mg odpadów dla Miasta Suwałki oraz 900,00 zł netto za 1 Mg odpadów dla Gminy i zakładów pracy z terenu powiatu suwalskiego i sejneńskiego oraz miasta Sejny. Wykonawca w swoich wyliczeniach przyjął błędną wysokość opłaty za przyjęcie zużytych opon tj. opłatę nie uwzględniającą 8% stawki podatku VAT i przyjął ją w swoich wyliczeniach jako wartość brutto, jednakże powyższe założenie obarczone jest dodatkowo błędem, gdyż Przedsiębiorstwo Gospodarki Sp. z .o.o w Suwałkach, zgodnie z ww. cennikiem (oznaczenie „Nie dotyczy”

w poz. 12 kolumna 6 cennika) oraz informacją uzyskaną od pracownika ww. przedsiębiorstwa, nie przyjmuje odpadów w postaci zużytych opon z gmin i zakładów pracy z pozostałych terenów Polski. W związku z powyższym, biorąc pod uwagę fakt, że miejsce, w którym realizowana będzie usługa (tj. Kowale Oleckie) położone jest w powiecie oleckim, a siedziba wykonawcy znajduje się w Gorzowie Wielkopolskim, wykonawca nie będzie miał możliwości zutylizowania zużytych opon w ww. Przedsiębiorstwie Gospodarki Sp. z .o.o w Suwałkach, co z kolei czyni wyjaśnienia i wyliczenia wykonawcy nierzetelnymi i niewiarygodnymi i nie uzasadniają podanej w ofercie ceny.

Treść przepisów dotyczących zarzutów:

- art. 226 ust. 1 pkt 8 Pzp – Zamawiający odrzuca ofertę, jeżeli zawiera rażąco niską cenę lub koszt w stosunku do przedmiotu zamówienia;
- art. 224 ust. 6 Pzp – 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.;
- art. 16 Pzp – Zamawiający przygotowuje i przeprowadza postępowanie o udzielenie zamówienia w sposób:
 - 1) zapewniający zachowanie uczciwej konkurencji oraz równe traktowanie wykonawców;
 - 2) przejrzysty;
 - 3) proporcjonalny.
- art. 239 ust. 1 Pzp – Zamawiający wybiera najkorzystniejszą ofertę na podstawie kryteriów oceny ofert określonych w dokumentach zamówienia.

Izba zważyła co następuje.

Biorąc pod uwagę zgromadzony w sprawie materiał dowodowy oraz stanowiska stron i uczestnika postępowania odwoławczego Izba uznała, że odwołanie nie zasługiwało na uwzględnienie.

Przedmiotowa sprawa, co do *meritum*, dotyczyła kwestii rażąco niskiej ceny,

a dokładniej czynności odrzucenia oferty odwołującego w postępowaniu z uwagi na to, że cena jego oferty zawierała rażąco niską cenę lub koszt w stosunku do przedmiotu zamówienia. Na wstępie Izba zdecydowała się wskazać, że kluczowymi dokumentami dla rozstrzygnięcia przedmiotowej sprawy były treści wezwań skierowanych do odwołującego w związku

z koniecznością złożenia wyjaśnień rażąco niskiej ceny (wezwania z dnia 3 i 18 lipca 2024 r.), wyjaśnienia złożone przez odwołującego w odpowiedzi na powyżej wskazane wezwania (wyjaśnienia z dnia 9 i 22 lipca 2024 r.) oraz informacja o wyborze najkorzystniejszej oferty

w postępowaniu z dnia 25 lipca 2024 r., w której zamawiający zawarł uzasadnienia dla czynności odrzucenia oferty odwołującego. Skład orzekający po rozpoznaniu przedmiotowej sprawy doszedł do przekonania, że finalnie odwołanie podlegało oddaleniu, przy czym nie można było nie wspomnieć o tym, że część argumentacji odwołującego okazała się trafna, jednakże nie mogła ona doprowadzić do uwzględnienia odwołania, ponieważ odwołującemu nie udało się podważyć wszystkich powodów wskazanych przez zamawiającego jako uzasadnienie odrzucenia jego oferty.

W pierwszej kolejności Izba wskazała, że pierwsze wezwanie dotyczące rażąco niskiej ceny skierowane do odwołującego z dnia 3 lipca 2024 r., było dość szczegółowe. Zamawiający wskazał w treści tego wezwania, że wyjaśnienia złożone przez odwołującego powinny zawierać kalkulację szczegółową tj. wyliczenie przedstawiające sumę poszczególnych kosztów jednostkowych, składających się na łączną cenę ofertową z uwzględnieniem m.in.: wszystkich warunków i wymagań zawartych w SWZ oraz w projektowanych postanowieniach umowy, wraz z dowodami potwierdzającymi przedstawione wyliczenia. Ponadto zamawiający opisał w wezwaniu jakie rodzaje kosztów powinna zawierać taka kalkulacja oraz zwrócił uwagę na to, że ma ona wskazywać zysk. Odwołujący pismem z dnia 9 lipca 2024 r. odpowiedział na powyższe wezwanie oraz co istotne zawarł w wyjaśnieniach kalkulację szczegółową, którą określił jako informację techniczno-finansową. Do wyjaśnień odwołujący załączył również dowody. Udzielone przez odwołującego wyjaśnienia z dnia 9 lipca 2024 r. nie rozwiąły wątpliwości zamawiającego, czego potwierdzeniem było kolejne wezwanie z dnia 18 lipca 2024 r., w których zamawiający zwrócił się do odwołującego o udzielenie dodatkowych wyjaśnień. Przedmiotowe wezwanie dotyczyło jeszcze bardziej szczegółowych kwestii, które odnosiły się do:

- kosztów plantowania terenu oraz
- kosztów utylizacji odpadów, w tym koszty utylizacji azbestu.

W ramach tego wezwania zamawiający zwrócił się do odwołującego z konkretnymi informacjami, które dotyczyły:

- wyjaśnień z usług którego podmiotu zajmującego się utylizacją odpadów zamierzał odwołujący korzystać w celu utylizacji odpadów określonych w pozycjach 4, 5 i 6 informacji techniczno-finansowej, a tym samym wskazania cenników, na podstawie których zostały wyliczone ceny jednostkowe za wywóz i utylizację odpadów określonych w pozycjach 4, 5 i 6 informacji techniczno-finansowej;
- przedstawienia kosztów określonych w pozycjach 4, 5 i 6 informacji techniczno-finansowej

w rozbiciu na: koszty utylizacji odpadów oraz koszty ich wywozu.

Odwołujący na powyżej wskazane wezwanie przedstawił wyjaśnienia z dnia 22 lipca 2024 r., które odnosiły się do kosztów plantowania oraz kosztów utylizacji odpadów. Koszty utylizacji odpadów wskazywały na: odpady zawierające azbest, odpady wielkogabarytowe, odpady komunalne oraz zużyte opony. Ponadto poszczególne koszty utylizacji odpadów zostały przedstawione z rozbiciem na koszt utylizacji i transportu oraz ze wskazaniem miejsca utylizacji danego rodzaju odpadów. W przypadku odpadów zawierających azbest odwołujący wskazał Zakład Gospodarki Odpadami w Bartoszycach, w przypadku odpadów wielkogabarytowych – Przedsiębiorstwo Gospodarki Odpadami „Eko-Mazury” Sp. z o.o., a dla odpadów komunalnych oraz zużytych opon – Przedsiębiorstwo Gospodarki Odpadami Sp.

z o.o. w Suwałkach. Dodatkowo odwołujący załączył do wyjaśnień dowody, w tym m. in. cenniki z różnych zakładów utylizacji.

Złożone przez odwołującego wyjaśnienia nie przekonały zamawiającego, ponieważ w dniu 25 lipca 2024 r. przekazał on odwołującemu informację o wyborze najkorzystniejszej oferty, która zawierała również informację i uzasadnienie dla odrzucenia jego oferty. Z uzasadnienia tej czynności można było dowiedzieć się, że były *de facto* trzy powody, które w ocenie zamawiającego uzasadniały odrzucenie oferty. Były to:

- 1) informacja wynikająca z pkt c) dodatkowych wyjaśnień dotycząca rozbieżności związanej z kwotą netto i brutto wyliczeń;
- 2) informacja związana z kosztem transportu odpadów o kodzie 20 03 99 (odpady komunalne);
- 3) kwestia związana z utylizacją opon, a dokładniej z utylizowaniem opon w Przedsiębiorstwie Gospodarki Odpadami Sp. z o.o. w Suwałkach, gdyż podmiot ten miał nie przyjmować zużytych opon z innych terenów aniżeli Suwałki, powiat suwalski, sejneński oraz Sejny.

W przypadku pierwszego powodu odrzucenia oferty odwołującego wskazanego powyżej w pkt 1), Izba co do *meritum* uznała argumentację odwołującego za trafną. W tej kwestii skład orzekający doszedł do wniosku, że nawet jeśli przyjąć, że odwołujący popełnił błąd w swoich wyliczeniach w zakresie stawki podatku VAT co do tej pozycji kosztowej, to i tak nie można było tracić z oczu faktu związanego z rozmiarem tego błędu, który ostatecznie znalazł swój wyraz w kwocie łącznej 630,40 zł. W okolicznościach przedmiotowej sprawy taki błąd należało potraktować jako błąd mało istotny, który nie mógł podważyć prawidłowości wyjaśnień, szczególnie mając na uwadze przewidziany przez odwołującego zysk, który został podany już przy okazji pierwszych wyjaśnień. Odwołujący w wyjaśnieniach z dnia 9 lipca 2024 r. wskazał

zysk w wysokości 8 488,00 zł, zatem zysk ten wielokrotnie przewyższał kwotę kosztu wynikającego z ewentualnego błędu w zakresie stawki VAT podanego w kalkulacji sporządzonej na potrzeby wyjaśnień rażąco niskiej ceny. Tym samym nawet powstały w ten sposób błąd nie mógł skutkować uznaniem, że wyjaśnienia odwołującego w tym elemencie były nierzetelne lub nie miały swojego uzasadnienia w realiach rynkowych. Powyżej wskazany powód był niewystarczający do odrzucenia oferty odwołującego jako zawierającej rażąco niską cenę.

Podobnie Izba zakwalifikowała podwód odrzucenia oferty odwołującego wskazany w pkt 2) powyżej. Dla takiego stwierdzenia nie bez znaczenia pozostawała okoliczność dotycząca tego, że zamawiający nie określił jaka dokładnie była ilość poszczególnych odpadów. Zamawiający wskazał, że łączna ilość odpadów miała wynosić około 100 ton, zatem skrupulatne trzymanie się podanej ilości skład orzekający ocenił jako działanie na wyrost. Po za tym w tej sytuacji również należało zwrócić uwagę na zysk przewidziany przez odwołującego (8 488,00 zł).

W związku z tym nawet jeśli koszt transportu odpadów komunalnych dokonany przez odwołującego samochodem typu bus skutkowałyby wykonaniem kolejnego tj. piątego kursu, to i tak nie mogło to spowodować zakwestionowania realności ceny. Skoro odwołujący wycenił 4 kursy na 3 600 zł, to nawet przeprowadzenie piątego kursu nie mogło podważyć zaproponowanej ceny, ponieważ mając na uwadze zadeklarowany zysk, który nie został podważony przez zamawiającego, nie można było stwierdzić straty odwołującego czy też wykonania zamówienia na granicy opłacalności. Kluczowe znaczenie dla rozstrzygnięcia odwołania miał powód wskazany w pkt 3) powyżej.

W zakresie tej okoliczności Izba uznała, że zamawiający, w odróżnieniu od dwóch pozostałych powodów, słusznie odrzucił ofertę odwołującego. W tym kontekście należało wskazać, że zamawiający wyraźnie wymagał od odwołującego w dodatkowym wezwaniu (z dnia 18 lipca 2024 r.) podania podmiotu zajmującego się utylizacją odpadów, z którego zamierzał korzystać w celu utylizacji odpadów określonych w pozycjach 4, 5 i 6 informacji techniczno-finansowej. Pozycja nr 6 tej informacji odnosiła się do wywozu i utylizacji zużytych opon. W punkcie d) dodatkowych wyjaśnień odwołujący oświadczył, że zużyte opony o kodzie 16 01 03 będzie utylizować w Przedsiębiorstwie Gospodarki Sp. z o.o. w Suwałkach. Zgodnie

z załączonym do ww. wyjaśnień cennikiem (załącznik do zarządzenia Nr 295/2023 Prezydenta Miasta Suwałk z dnia 21 lipca 2023 r.) opłata za przyjęcie zużytych opon (poz. 12 cennika) do zagospodarowania w ww. przedsiębiorstwie wynosi odpowiednio 600,00 zł netto za 1 Mg odpadów dla Miasta Suwałki oraz 900,00 zł netto za 1 Mg odpadów dla Gminy i zakładów pracy z terenu powiatu suwalskiego i sejneńskiego oraz miasta Sejny. Jak zauważył zamawiający i co znalazło przełożenie w uzasadnieniu odrzucenia oferty odwołującego Przedsiębiorstwo Gospodarki Sp. z o.o. w Suwałkach, zgodnie z ww. cennikiem (oznaczenie „Nie dotyczy” w poz. 12 kolumna 6 cennika), nie przyjmuje odpadów w postaci zużytych opon z gmin i zakładów pracy z pozostałych terenów Polski. Odwołujący tymczasem nie wykazał okoliczności przeciwnej. W związku z powyższym, biorąc pod uwagę fakt, że miejsce, w którym realizowana miała być usługa (tj. Kowale Oleckie) położone jest w powiecie oleckim, a siedziba wykonawcy znajduje się w Gorzowie Wielkopolskim, wykonawca nie będzie miał możliwości zutilizowania zużytych opon w ww. Przedsiębiorstwie Gospodarki Sp. z o.o. w Suwałkach, co zostało słusznie wytknięte przez zamawiającego. W tym zakresie odwołujący nie zastosował się do treści wezwania i podał nierzetelną informację, którą można było podważyć opierając się wyłącznie na dostarczonych wraz z wyjaśnieniami dowodach. Ponadto w ocenie składu orzekającego odwołujący w stanowisku wyrażonym w uzasadnieniu odwołania w zakresie tego powodu odrzucenia jego oferty rozszerzył oraz uzupełnił złożone przez siebie wyjaśnienia. Przedmiotem orzekania była prawidłowość dokonanej przez zamawiającego oceny wyjaśnień złożonych przez odwołującego (na etapie oceny ofert), bez uwzględniania tej części argumentacji (uzupełnienia wyjaśnień) wyrażonej w treści odwołania. W ramach postępowania odwoławczego przed Izbą dokonywana jest ocena prawidłowości czynności zamawiającego, tj. dokonanej oceny złożonych w postępowaniu wyjaśnień elementów zaoferowanej ceny oferty. Zamawiający dokonuje czynności oceny zaoferowanej w postępowaniu przez wykonawcę ceny w oparciu o dostępne mu informacje, które uzyskuje w wyniku przedstawienia przez wezwanego wykonawcę wyjaśnień, gdyż temu służy procedura wyjaśnienia opisana w art. 224 Pzp. Wykonawca zobowiązany jest podać zamawiającemu wszystkie informacje wynikające z wezwania, a informacje te powinny być rzetelne tj. powinny znaleźć potwierdzenie w załączonych dowodach. Przenosząc powyższe rozważania na grunt przedmiotowej sprawy Izba stwierdziła, że w odwołaniu doszło do uzupełniania przez odwołującego wyjaśnień składanych zamawiającemu w tym zakresie, co należało uznać za niedozwolone.

W konsekwencji Izba oddaliła zarzut naruszenia art. 226 ust. 1 pkt 8) Pzp i art. 224 ust. 6 Pzp w zw. z art. 16 pkt 1, 2 i 3 Pzp.

Izba oddaliła również zarzut naruszenia art. 239 ust. 1 Pzp. W ocenie składu orzekającego zarzut ten miał charakter wynikowy względem zarzutu wcześniejszego. Oddalenie zarzutu związanego z czynnością odrzucenia oferty odwołującego,

w okolicznościach przedmiotowej sprawy, nie mogło doprowadzić do zakwestionowania wyboru najkorzystniejszej oferty w postępowaniu.

W związku z powyższym Izba uznała, że odwołanie podlegało oddaleniu i na podstawie art. 553 zdanie pierwsze Pzp orzekła jak w sentencji.

O kosztach postępowania odwoławczego orzeczono stosownie do jego wyniku, na podstawie art. 557 i 575 Pzp oraz § 5 pkt 1 i 2 lit. b) w zw. z § 8 ust. 2 pkt 1 rozporządzenia Prezesa Rady Ministrów z dnia 30 grudnia 2020 r. w sprawie szczegółowych rodzajów kosztów postępowania odwoławczego, ich rozliczania oraz wysokości i sposobu pobierania wpisu od odwołania (Dz. U. z 2020 r. poz. 2437), zaliczając na poczet kosztów postępowania odwoławczego koszt wpisu od odwołania oraz koszty poniesione przez odwołującego z tytułu wynagrodzenia pełnomocnika.

Przewodniczący:.....