

Krajowa Izba Odwoławcza - w składzie:

Przewodnicząca: Izabela Niedziałek-Bujak
Protokolant: Rafał Komoń

po rozpoznaniu na rozprawie w dniu 19 marca 2024 r. w Warszawie odwołania wniesionego do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej w dniu 01 marca 2024 r. przez Odwołującego – Wykonawcę **Przedsiębiorstwo Usług Komunalnych „EMPOL” Spółka z ograniczoną odpowiedzialnością** Os. Rzeka 133, 34-451 Tylmanowa w postępowaniu prowadzonym przez Zamawiającego – **Gminę J.**, ul. Piekarska 3, 37-500 J.

orzeka:

1. Uwzględnić odwołanie w zakresie zarzutów alternatywnych z pkt 4 i 5 odwołania i nakazuje Zamawiającemu unieważnienie czynności wyboru oferty najkorzystniejszej oraz nakazuje wezwać Wykonawcę Ekoline Usługi Komunalne Sp. z o.o. do wyjaśnienia oraz ewentualnie uzupełnienia dokumentów potwierdzających spełnienie warunku udziału w postępowaniu opisanego w rozdziale VI pkt 1.4 swz, tj. wykazu usług wraz z referencjami i wykazu narzędzi. W pozostałym zakresie Izba oddala odwołanie.
2. Kosztami postępowania odwoławczego obciąża Odwołującego i Zamawiającego i:
 - 2.1. zalicza w poczet kosztów postępowania odwoławczego kwotę 15.000 zł 00 gr. (słownie: piętnaście tysięcy złotych, zero groszy) uiszczoną przez Odwołującego tytułem wpisu od odwołania, kwotę 3.600 zł 00 gr (słownie: trzy tysiące sześćset złotych, zero groszy) stanowiącą koszty wynagrodzenia pełnomocnika Odwołującego, a także kwotę 3.600 zł 00 gr (słownie: trzy tysiące sześćset złotych, zero groszy) stanowiącą koszty wynagrodzenia pełnomocnika Zamawiającego.
 - 2.2. obciąża kosztami strony postępowania odwoławczego w stosunku 1/2, tj. po 11.100 zł 00 gr (słownie: jedenaście tysięcy sto złotych, zero groszy) Odwołującego i Zamawiającego;
 - 2.3. zasądza od Zamawiającego na rzecz Odwołującego kwotę 7.500 zł 00 gr (słownie: siedem tysięcy pięćset złotych, zero groszy) tytułem zwrotu kosztów postępowania odwoławczego, przekraczającą wysokość kosztów przypadających na Odwołującego.

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.

Przewodnicząca:.....

Sygn. akt: KIO 683/24

Uzasadnienie

W postępowaniu prowadzonym przez Zamawiającego – Gminę J., w trybie podstawowym na odbieranie i zagospodarowanie odpadów komunalnych od właścicieli nieruchomości zamieszkałych na terenie Gminy J. w roku 2024 (nr postępowania: UG.271.1.2024), ogłoszonym w Dzienniku Urzędowym Unii Europejskiej w dniu 10.01.2024 r., OJ 7/2024-17304, wobec czynności polegającej na badaniu, ocenie i wyborze oferty najkorzystniejszej złożonej przez Wykonawcę Ekoline Usługi Komunalne Sp. z o.o., wniesione zostało w dniu 01.03.2024 r. do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej odwołanie Wykonawcy Przedsiębiorstwo Usług Komunalnych EMPOL Sp. z o.o. z siedzibą w Tylmanowej (sygn. akt KIO 683/24).

Zamawiający poinformował o czynnościach w dniu 20.02.2024r.

Odwołujący zarzucił Zamawiającemu naruszenie:

1. art. 239 ust. 1 Ustawy Pzp w zw. z art. 16 pkt 1 ustawy Pzp oraz art. 17 ust. 2 ustawy Pzp poprzez prowadzenia postępowania w sposób naruszający przepisy ustawy pzp i jej podstawowe zasady, a to: zasadę równego traktowania wykonawców i zachowanie uczciwej konkurencji, zasadę proporcjonalności oraz efektywności zamówienia i zasadę legalizmu, co w konsekwencji doprowadziło do wyboru oferty EKOLINE;
2. 226 ust. 1 pkt 5 ustawy Pzp w zw. z art. 16 pkt 1 ustawy Pzp oraz art. 17 ust. 2 ustawy Pzp poprzez zaniechanie odrzucenia oferty złożonej z naruszeniem warunków swz, a która nie obejmuje swoim zakresem wszystkich wyspecyfikowanych w OPZ elementów zamówienia, co skutkowało wyborem oferty z naruszeniem przepisów ustawy Pzp;
3. art. 224 ust. 6 i 5 ustawy Pzp w zw. z art. 226 ust. 1 pkt 8 ustawy Pzp w zw. z art. 16 pkt 1 ustawy Pzp oraz art. 17 ust. 2 ustawy Pzp poprzez zaniechanie odrzucenia oferty Wykonawcy EKOLINE, pomimo nie wykazania w

sposób wystarczający, iż ta nie zawiera ceny rażąco niskiej o co wnosił w wezwaniu wystosowanym do Wykonawcy Zamawiający,

a w sytuacji braku uwzględnienia zarzutów 2 i 3 Odwołujący zarzuca alternatywnie naruszenie:

4.art. 128 ust. 1 ustawy Pzp w zw. z art. 16 pkt 1 ustawy Pzp oraz art. 17 ust. 2 ustawy Pzp poprzez zaniechanie wezwania w trybie art. 128 ust. 1 ustawy Pzp Wykonawcy EKOLINE do uzupełnienia załącznika nr 8 („Wykaz usług”) w sytuacji, gdy oświadczenie to zawierało błędy i w konsekwencji nie potwierdzało spełniania warunków, o których mowa w rozdziale VI swz pkt 1.4 (doświadczenie);

5.art. 128 ust. 1 ustawy Pzp w zw. z art. 17 ust. 2 ustawy Pzp oraz art. 112 ust. 1 pkt 4 ustawy Pzp poprzez zaniechanie wezwania Wykonawcy EKOLINE do uzupełnienia w trybie art. 128 ust. 1 ustawy Pzp „Wykazu narzędzi” złożonego z uwagi na wezwanie Zamawiającego, pomimo iż przedmiotowy załącznik nr 6 był błędny i nie potwierdzał spełniania warunków swz, co skutkowało wyborem oferty z naruszeniem przepisów ustawy Pzp.

Odwołujący wniósł o uwzględnienie odwołania poprzez nakazanie Zamawiającemu unieważnienia czynności wyboru oferty Wykonawcy EKOLINE jako najkorzystniejszej, odrzucenie tej oferty z uwagi na okoliczności podniesione w odwołaniu i ponowne badanie ofert, alternatywnie nakazanie wezwania Wykonawcy EKOLINE do uzupełnienia załącznika nr 8 i 6 do swz („Wykaz usług” i „Wykaz narzędzi”).

W uzasadnieniu zarzutów Odwołujący wskazał na opisany w dokumentacji zakres zamówienia, który obejmuje, m.in. dostarczenie do nieruchomości zamieszkałych worków do selektywnej zbiórki odpadów komunalnych w ramach zaoferowanej ceny (rozdział 1 pkt 1 lit. c OPZ) w ilościach określonych w rozdziale 5 pkt 5 i 6 (str. 6 OPZ) oraz uwzględnienie w cenie oferty wyposażenia Zamawiającego w oprogramowanie do monitorowania pojazdów (rozdział 3 pkt 17 str. 4 i 5).

Na podstawie wyjaśnień złożonych w dniu 5 lutego 2024 r. w zakresie wyliczenia ceny Zamawiający posiadał dokumenty wskazujące na niezgodność oferty z warunkami zamówienia. W wyjaśnieniach zawarte zostało stwierdzenie, iż *Określa zestawienie wszystkich kosztów, które Nasza Firma poniesie podczas wykonywania zadania*, z czego Odwołujący wnioskuję, iż prócz wymienionych Wykonawca nie przewiduje i nie wliczył do ceny oferty kosztów zakupu worków bez których nie da się wykonać umowy oraz wyposażenia Zamawiającego w oprogramowanie do obsługi systemu rejestrującego (GPS) prace pojazdu przez okres trwania umowy i koszty związane z przeszkoleniem 1 pracownika Zamawiającego w zakresie obsługi programu. Nie uwzględniono również kosztów utrzymania bazy (media, podatki i opłaty lokalne), kosztów najmu pojazdów wskazanych w wykazie sprzętu (dla dwóch pojazdów MERCEDES).

Ponadto, Odwołujący kwestionuje wyjaśnienia z uwagi na ich lakoniczność i brak załączenia jakichkolwiek dowodów dla uwiarygodnienia kalkulacji (dla żadnej z frakcji odpadów). Na podstawie tak złożonych wyjaśnień nie sposób ocenić realności ceny, czego konsekwencją powinno być odrzucenie oferty.

W odniesieniu do warunku udziału w postępowaniu z rozdziału VI pkt 1.4 swz – doświadczenie, Odwołujący kwestionuje złożony „Wykaz usług”, który w jego ocenie powinien podlegać uzupełnieniu. Usługa z poz. 1 realizowana przez konsorcjum, a usługa nr 3 nie tylko była realizowana przez wykonawców wspólnie ubiegających się o zamówienie ale również składały się na nią dwie niezależne umowy o zamówienie publiczne, a w tym zakresie podana została nieprawdziwa informacja (umowy nie powinny być sumowane). Oceniając doświadczenie należało uwzględnić, jaki zakres prac był udziałem poszczególnych członków konsorcjum, którzy mogli nabyć doświadczenie tylko w takim zakresie, w jakim mieli swój udział w realizacji prac.

W zakresie zdolności technicznej i zawodowej opisanej w rozdziale VI pkt 1.4.1 pkt 3, Zamawiający wymagał między innymi od wykonawcy dysponowania dwoma samochodami skrzyniowymi o ładowności minimalnej 3,5 Mg każdy do odbierania selektywnie zebranych odpadów komunalnych. W „Wykazie narzędzi” Wykonawca wskazał dla tej pozycji 2 „śmieciarki” DMC 26Dt marki Renault (nr rej. RPR 31WA) oraz Volvo (nr rej. RPR 25ML). Zamawiający zobowiązany był uznać, iż dokument zawiera błędy i podlega uzupełnieniu – o ile nie wystąpi unieważnienie postępowania lub odrzucenie oferty Wykonawcy.

Do akt sprawy wpłynęło z przekroczeniem terminu zgłoszenie przystąpienia do postępowania odwoławczego po stronie Zamawiającego Wykonawcy Ekoline Usługi Komunalne Sp. z o.o. (EKOLINE). Izba na posiedzeniu nie dopuściła do udziału w postępowaniu w charakterze uczestnika EKOLINE.

Stanowisko Izby

Do rozpoznania odwołania zastosowanie znajdowały przepisy ustawy Prawo zamówień publicznych obowiązujące w dacie wszczęcia postępowania o udzielenie zamówienia, (tekst jednolity Dz. U. z 2023 r., poz. 1605 ze zm.).

Rozpoznając odwołanie Izba miała na uwadze stan faktyczny ustalony w oparciu o dokumentację postępowania złożoną do akt sprawy, w tym swz, a także dowody przeprowadzone na rozprawie i stanowiska stron.

Izba ustaliła i zważyła.

Przedmiotem zamówienia jest usługa odbierania i zagospodarowania odpadów komunalnych od właścicieli nieruchomości zamieszkałych na terenie Gminy J. w 2024 r., a także odbiór i zagospodarowanie odpadów z Punktów Selektywnej Zbiórki Odpadów Komunalnych (PSZOK) zlokalizowanych na terenie oczyszczalni ścieków we wsi Tuczępy oraz dostarczenie do nieruchomości zamieszkałych worków do selektywnej zbiórki odpadów komunalnych w ramach zaoferowanej ceny (OPZ – załącznik nr 1 do swz). Zamawiający nie dopuścił składania ofert częściowych. Szczegółowy opis przedmiotu zamówienia stanowi załącznik nr 1 do swz. Termin wykonania zamówienia rozpocząć może się nie szybciej niż od 01.03.2024 r. lub od podpisania umowy, w przypadku jej zawarcia po dniu 01.03.2024 r. do 31.12.2025 r. (rozdział IV swz).

W rozdziale VI swz opisane zostały warunki udziału w postępowaniu, w tym w ust. 1 ppkt 1.4 zdolność techniczna lub zawodowa:

Wykonawca spełni warunek dotyczący zdolności technicznej, jeżeli wykaże, że dysponuje lub będzie dysponował w okresie realizacji zamówienia, co najmniej:

- 1) dwoma samochodami specjalnymi (śmieciarkami);*
- 2) dwoma samochodami specjalistycznymi bezpylnymi o minimalnej kubaturze 5 m³ każdy - do odbierania odpadów zmieszanych;*
- 3) dwoma samochodami skrzyniowymi o ładowności minimalnej 3,5 Mg każdy - do odbierania selektywnie zebranych odpadów komunalnych;*
- 4) jednym samochodem skrzyniowym z dźwigiem (HDS) do odbioru odpadów wielkogabarytowych;*
- 5) jednym samochodem przystosowanym do odbioru odpadów (kontenerów KP) (np. bramowiec, hakowiec);*
- 6) bazą magazynowo – transportową usytuowaną na terenie Gminy J. lub w odległości nie większej niż 60 km od granicy Gminy J. na terenie do którego posiada tytuł prawny – zgodnie z rozporządzeniem Ministra Środowiska z dnia 11.01.2013 r. w sprawie szczegółowych wymagań w zakresie odbierania odpadów komunalnych od właścicieli nieruchomości (Dz. U. z 2013 r., poz. 122).*

UWAGA:

Zamawiający wymaga, aby wszystkie pojazdy posiadały aktualne badania techniczne oraz ubezpieczenie w zakresie OC przez cały okres trwania umowy.

oraz

Wykonawca spełni warunek w zakresie doświadczenia, jeżeli wykaże wykonanie, a w przypadku świadczeń okresowych lub ciągłych również wykonywanie, w okresie ostatnich trzech lat przed upływem terminu składania ofert, a jeżeli okres prowadzenia działalności jest krótszy, w tym okresie, co najmniej trzy usługi odbioru i zagospodarowania odpadów komunalnych od właścicieli nieruchomości każda w sposób ciągły przez okres minimum 10 miesięcy i każda z usług o łącznej masie minimum 1 500 Mg w przez okres realizacji i każda z usług o wartości co najmniej trzech milionów złotych brutto oraz załączy dowód, czy usługa została wykonana lub jest wykonywane należycie.

Dokumenty potwierdzające spełnianie warunku udziału w postępowaniu składane były przez wykonawcę najwyższej ocenionego na wezwanie Zamawiającego w trybie art. 139 ust. 2 Ustawy. Na potwierdzenie wymaganych zdolności technicznych i zawodowych Zamawiający żądał złożenia oświadczenia w JEDZ, a na wezwanie wykazu narzędzi oraz wykazu usług i dokumentów potwierdzających należyte wykonanie lub wykonywanie usług, stanowiących odpowiednio załącznik nr 6 i 8 do swz.

Ofertę wykonawcy sporządzali na formularzu ofertowym przygotowanym przez Zamawiającego w załączniku nr 2 do swz. Oferty należało złożyć w terminie do 31.01.2024 r. do godziny 9:00. Cena oferty brutto stanowi cenę z 1 Mg danego rodzaju odpadów, w której należało uwzględnić wszystkie okoliczności wpływające na cenę zamówienia. Podstawą jej wyliczenia ma być kalkulacja własna wykonawcy wynikająca z rachunku ekonomicznego, wykonanego w oparciu o posiadaną wiedzę oraz udostępnioną swz z uwzględnieniem:

- a) długości tras przejazdu – Wykonawca na swoją odpowiedzialność ustala trasy przejazdu na podstawie sprawdzenia w terenie warunków wykonania zamówienia,
- b) opłat za wszystkie świadczenia niezbędne do realizacji przedmiotu zamówienia (rozdział XV ust. 5 swz).

W formularzu oferty cena prezentowana była w kwocie łącznej brutto za realizację usługi wraz z wyceną cen jednostkowych 1 Mg odpadu objętego zakresem zamówienia i wartością brutto wyliczoną dla wskazanej przez Zamawiającego szacunkowej ilości odpadów. W formularzu oferty nie było wyszczególnionej pozycji dla wyceny worków i systemu monitoringu, którego dotyczą zarzuty w odwołaniu.

W dniu 31.01.2024 r. Zamawiający dokonał otwarcia ofert.

W postępowaniu złożone zostały dwie oferty, tj. oferta Odwołującego z ceną 2.798.231,40 zł brutto oraz oferta EKOLINE z ceną 1.667.440,00 zł brutto.

Zamawiający oszacował wartość zamówienia na kwotę 2.495.395,33 zł netto, a na jego sfinansowanie przewidział kwotę

2.800.000,00 zł brutto.

Najwyżej ocenioną została oferta EKOLINE.

Zamawiający pismem z 31.01.2024 r. wezwał EKOLINE na podstawie art. 224 ust. 1 Ustawy do złożenia wyjaśnień wraz z dowodami w zakresie wyliczenia ceny. Podejrzanie zaoferowania rażąco niskiej ceny zostało przez Zamawiającego zidentyfikowane przez różnicę ceny do średniej arytmetycznej cen w złożonych ofertach (oferta niższa o ponad 30%). W wezwaniu poza przywołaniem treści przepisu Zamawiający nie wskazał żadnych dodatkowych okoliczności, które miałyby uzasadniać podejrzenie zaoferowania rażąco niskiej ceny i możliwości realizacji zamówienia zgodnie z wymaganiami określonymi w dokumentach zamówienia. W szczególności Zamawiający nie określił w jakim zakresie stanowiące podstawę wyceny ceny jednostkowe poszczególnych frakcji odpadów miałyby budzić uzasadnione podejrzenie.

EKOLINE złożyło wyjaśnienia w piśmie z 5.02.2024 r. wskazując na wstępie na korzystanie w znacznej części ze środków własnych (generujących niewielkie koszty), a następnie Wykonawca odnosił się do wyliczenia kosztów przedstawiając konkretne wartości uwzględnione w cenie ofertowej w rozbiciu na poszczególne frakcje odpadów w przeliczeniu na Mg. Wykonawca prezentował koszty własne, a także wysokość dopłat uzyskiwanych od odbiorców zagospodarowującego niektóre odpady (sprzęt elektryczny i elektroniczny, odpadów opakowaniowych wielomateriałowych, papier, tektura, szkło, zużyte baterie i akumulatory). Choć w treści wyjaśnień znajduje się uwaga o załączeniu kosztorysu potwierdzającego zestawienie kosztów, stanowiące tajemnicę przedsiębiorstwa, dokumenty te nie zostały załączone.

Obecne postępowanie jest kolejnym prowadzonym w celu wyłonienia wykonawcy usługi na rok 2024 r. Poprzednia procedura zakończyła się decyzją o unieważnieniu z dnia 19.12.2023 r. W poprzednim postępowaniu oferty złożyli ci sami wykonawcy oferując ceny odpowiednio 3.287.630,00 zł (EKOLINE) i 3.665.920,68 zł (EMPOL). Zamawiający na czas wyłonienia wykonawcy na rok 2024 udzielił Odwołującemu zamówienia z wolnej ręki po negocjacjach zakończonych w grudniu 2023 r., które realizowane jest od początku roku nadal.

Na podstawie formularzy ofertowych obu wykonawców ustalono składowe ceny i ich zmiany na przestrzeni trzech miesięcy. Oferta Odwołującego obecnie opiewa na kwotę 1.667.440,00 zł brutto, a oferta Odwołującego na kwotę 2.798.231,40 zł brutto. Poniżej w tabeli przedstawiono ceny jednostkowe w obecnym postępowaniu i wcześniejsze obu wykonawców:

L.p.	Kod odpadów	Cena jednostkowa 1Mg (brutto) 31.01.2024	Cena jednostkowa Odwołującego (1Mg brutto) 31.01.2024	Cena jednostkowa EKOLINE z 11.2023. za 1 MG	Ceny jednostkowe Odwołującego w zamówieniu z wolnej ręki
1	Niesegregowane odpady komunalne (20 03 01)	710,00	1.090,80	1.110,00	1.108,00
2	Opakowania z tworzyw sztucznych (15 01 01)	500,00	950,40	1.300,00	1.002,24
3	Opakowania ze szkła (15 01 07)	140,00	885,60	820,00	963,36
4	Opakowania z papieru i tektury (15 01 01)	140,00	885,60	1.020,00	978,48
5	Odpady komunalne zielone (bioodpady)/ 20 02 01	700,00	1.101,60	1.100,00	1.242,00
6	Odpady opakowaniowe wielomateriałowe	250,00	810,00	1.300,00	
7	Sprzęt elektryczny i elektroniczny	200,00	712,80	800,00	894,24
8	Gruz betonowy oraz zmieszane odpady z budowy, remontów i demontażu	500,00	712,80	2.500,00	
6	Odpady wielkogabarytowe (20 03 07)	700,00	1.004,40	1.100,00	1.313,28
7	Zużyte opony (16 01 03)	700,00	972,00	1.400,00	1.264,68

8	Zużyte baterie i akumulatory	500,00	3.780,00	800,00	
9	Odpady niebezpieczne	13.000,00	10.368,00	13.000,00	
10	Przeterminowane leki	13.000,00	10.800,00	13.000,00	
11	Chemikalia w tym tusze, farby drukarskie, inne niż wymienione	1.300,00	10.368,00	13.000,00	
12	Tekstylia i odzież (20 01 10)	700,00	810,00	1.900,00	1.090,80
13	Odpady niekwalifikujące się do odpadów medycznych	13.000,00	3.888,00	13.000,00	

EKOLINE w formularzu ofertowym w wykazie instalacji wskazał dla większości odpadów instalację własną z wyjątkiem dwóch frakcji, tj. niesegregowane odpady komunalne i odpady zielone (bioodpady). Dla pozostałych frakcji instalacją, do jakiej zamierza Wykonawca kierować odpady jest instalacja własna lub wskazana instalacja podmiotu trzeciego.

Odwolujący w wykazie instalacji wskazał we wszystkich pozycjach formularza instalacje podmiotów trzecich.

Zamawiający wezwał EKOLINE do złożenia podmiotowych środków dowodowych. Wykonawca złożył wykaz narzędzi i wykaz usług wraz z referencjami na przygotowanych przez Zamawiającego załącznikach nr 6 i 8 do swz.

Wykonawca w „Wykazie narzędzi” wypełnił pięć pozycji formularza łącznie wskazując 9 pojazdów o wskazanych parametrach ładowności, jako przeznaczone do odbierania zmieszanych odpadów komunalnych (dwa pojazdy), selektywnie zebranych odpadów komunalnych (dwa pojazdy – śmieciarki o ładowności 9,9 t i 14,2 t), do odbierania odpadów wielkogabarytowych (samochód z HDS), do odbierania kontenerów KP (dwa pojazdy) oraz inne (dwa pojazdy na odpady selektywne o ładowności 5,84 t i 11,78 t).

W „Wykazie usług” Wykonawca wskazał trzy usługi realizowane na rzecz:

- Gminy Łańcut – „Odbiór i zagospodarowanie odpadów komunalnych od właścicieli nieruchomości zamieszkałych z terenu Gminy Łańcut – 7.478,38 Mg” o wartości całkowitej brutto 9.678.090,20 zł realizowana w okresie od 01.01.2022 – 31.12.2023 w konsorcjum z F.UH I.N. i EKOLINE. Załączona referencja potwierdza wartość i ilość odebranych odpadów wskazaną w wykazie, jak również należyte wykonanie umowy;
- Gminy Gać – „Świadczenie usług odbioru transportu i zagospodarowania odpadów komunalnych od właścicieli nieruchomości z Gminy Gać – 2535,34 Mg” o wartości całkowitej 3.843.331,32 zł brutto, realizowana w okresie 01.02.2021 – 31.12.2023 r. Załączona referencja potwierdza wartość i ilość odpadów wskazaną w wykazie, jak również należyte jej wykonanie;
- Gminy Białobrzegi – „Odbiór i zagospodarowanie odpadów komunalnych od właścicieli nieruchomości zamieszkałych z terenu Gminy Białobrzegi – 2.974,82 Mg”, o wartości całkowitej 4.241.967,84 zł brutto, realizowana w terminie 01.01.2022 – 31.12.2023 r. w konsorcjum z F.I.. Załączona referencja w treści zawiera informację o dwóch umowach realizowanych od stycznia 2022 do 31 grudnia 2022 o wartości 2.046.418,56 zł (uwzględniając prawo opcji) oraz stycznia 2023 r. do 31 grudnia 2023 r. o wartości 2.195.549,28 zł brutto. Obie wskazane umowy realizowane były przez EKOLINE w konsorcjum.

Zamawiający w dniu 20.02.2024 r. poinformował o wyborze oferty EKOLINE, która została najwyższej oceniona – otrzymała maksymalną liczbę punktów w kryteriach oceny ofert.

W świetle zgromadzonego materiału dowodowego Izba uwzględniła odwołanie w części, tj. w zakresie zarzutów alternatywnych dotyczących dokumentów złożonych przez EKOLINE na potwierdzenie spełnienia warunków udziału dotyczących zdolności technicznej i zawodowej (zarzuty nr 4 i 5 odwołania).

W zakresie zarzutów z pkt 1-3 odwołania, których podstawa związana jest z oceną wyjaśnień dotyczących zaoferowanej ceny i podejrzenia rażąco niskiej ceny Izba uznała, iż Zamawiający na podstawie wyjaśnień, w których prezentowane były indywidualne koszty zakładowe Wykonawcy EKOLINE mógł, mając na uwadze tendencje występujące na rynku odbioru i zagospodarowania odpadów uznać, iż podejrzenie rażąco niskiej ceny zostało skutecznie obalone.

Dokonując takiej oceny zarzutów Izba miała na uwadze uzasadnienie odwołania, które choć obszernie to w zakresie dotyczącym zarzutu rażąco niskiej ceny w przeważającej części sprowadzone zostało do prezentowania ogólnych tez i orzeczeń co do stosowania przepisów Ustawy ze wskazaniem na brak załączenia dowodów, co miało czynić wyjaśnienia niedostatecznymi i ogólnikowymi. Odnosząc się do takiej koncepcji odwołania należało zatem rozważyć, czy wyłączną przyczyną negatywnej oceny wyjaśnień mógł być brak dowodów, czy też znaczenie należało również przypisać samym wyjaśnieniom w zestawieniu z treścią oferty sensu stricto, wyrażoną w formularzu ofertowym. W tym ujęciu wydaje się również istotnym sposób w jaki Zamawiający sformułował treść wezwania, jak również

niekwestionowaną w orzecznictwie potrzebę indywidualnej oceny wyjaśnień, co do których przepisy Ustawy nie precyzują sztywnych ram, pozostawiając pewną swobodę i elastyczność oceny. Wreszcie dla odrzucenia oferty należały, również w oparciu o wyjaśnienia rażąco niskiej ceny wskazać konkretne podstawy pozwalające ocenić cenę jako rażąco niską. Takie podstawy Odwołujący odnosił do dwóch elementów świadczenia, tj. braku uwzględnienia ceny worków oraz kosztów systemu monitoringu pracy pojazdów wraz z kosztem przeszkolenia 1 pracownika Zamawiającego.

W ocenie składu orzekającego wyjaśnienia należało ocenić pod kątem możliwości przyjęcia założeń prezentowanych w wyliczeniach kosztu, które były konkretne i przedstawiały sposób kalkulacji w podziale na frakcje odpadów wyceniane w formularzu oferty i składające się na treść oferty kształtowaną oświadczeniem Wykonawcy. Zgodnie z swz wszystkie koszty związane z przedmiotem świadczenia należało uwzględnić w cenie 1 Mg, na podstawie której wyliczana była cena całkowita oferty. Nie bez znaczenia dla oceny wyjaśnień pozostawała okoliczność związana z prowadzonym wcześniej postępowaniem zakończonym jego unieważnieniem, jak również negocjacjami na podstawie, których udzielone zostało zamówienie z wolnej ręki. Analiza cen składanych na przestrzeni ok trzech miesięcy wskazuje na tendencję spadkową, której przyczyna nie jest wprost możliwa do oceny, natomiast z punktu widzenia Zamawiającego jest istotna i pozwalała odejść od założeń związanych z szacowaniem wartości zamówienia. Mając na uwadze wartość oferty jaką zaoferował Odwołujący w listopadzie 2023 r. (przewyższającą ceny jednostkowe oferowane wówczas przez EKOLINE – wykazane w tabeli powyżej) i wysokość ceny wynegocjowanej w ramach procedury zamówienia z wolnej ręki, również ten Wykonawca mógł zaoferować niższe ceny schodząc poniżej poziomu cen EKOLINE w pierwszym postępowaniu przetargowym, które unieważnione zostało z uwagi na przekroczenie środków (3,5 mln zł brutto) oferty niepodlegającej odrzuceniu (EMPOL). Odwołujący kwestionował zmianę szacowanej wartości zamówienia, która dla tej procedury została zmniejszona do kwoty 2.495.395,33 zł netto, a na jego sfinansowanie Zamawiający przewidział kwotę 2.800.000,00 zł brutto. Wskazane na rozprawie wyjaśnienie, iż na zmianę kwot wpływ ma krótszy okres świadczenia usługi, która zakończyć ma się z dniem 31.12.2024 r., jest wystarczający dla wykazania prawidłowości działania Zamawiającego. Okoliczności te Zamawiający mógł mieć na uwadze oceniając wyjaśnienia, które zasadniczo sprowadzały się do przedstawienia założeń kalkulacyjnych i prezentowania wyceny ekonomicznej zamówienia. Istotną pozostawała przy tym treść oferty, w której Wykonawca określał ceny jednostkowe dla danej frakcji odpadu, jak również wskazał na instalacje, do jakich miałyby one być kierowane.

W ocenie składu orzekającego dla stwierdzenia zaoferowania rażąco niskiej ceny koniecznym byłoby wykazanie, iż założenia poczynione w wycenie ekonomicznej odbiegały od realiów wykonania zamówienia z wykorzystaniem instalacji własnej, co stanowiło istotny element dla kalkulacji ceny ofertowej. Dodatkowe elementy świadczenia, w tym wskazane w odwołaniu wyceny worków i systemu monitoringu, jako mniej znaczące nie prowadziły do istotnego wpływu na cenę oferty. Nie można przy tym wykluczyć, iż Wykonawca może posiadać już system spełniający wymagania, a tym samym nie ma potrzeby liczenia kosztów, tak jak przedstawił to Odwołujący w odniesieniu do samych worków. Odwołujący nie odnosił się również do kosztów transportu i odbioru wyłącznie prezentując argumenty natury ogólnej co do konieczności wykazania dowodami okoliczności uzasadniających obniżenie ceny.

W ocenie składu orzekającego co do zasady konieczność wykazania dowodami okoliczności wpływających na kalkulację ceny należy odnosić, do tych które zasadniczo wpływają na sytuację podmiotu uzasadniającą zmniejszenie kosztów, co należy również odnosić do realiów danego świadczenia. W przypadku usługi odbioru i zagospodarowania odpadów uwarunkowania wynikające z przepisów regulujących zasady gospodarki odpadami w zasadzie ograniczają możliwość wystąpienia szczególnych uwarunkowań, a tym samym wycena oferty opiera się w dużej części na samym ekonomicznym aspekcie, w tym zakładanym poziomie zysku. Wysokość kosztów jest zasadniczo znana podmiotom świadczącym ten rodzaj usługi z racji konieczności uwzględnienia obowiązujących na rynku stawek instalacji zagospodarowujących odpady. Brak dowodów na wysokość tych stawek, w ocenie składu orzekającego nie przekreśla samych wyjaśnień, w których prezentowane są konkretne dane, możliwe do oceny jako realne lub nie.

Wprawdzie do wyjaśnień nie zostały załączone dowody, to uwzględniając okoliczność identyfikującą odmienną pozycję na rynku EKOLINE w stosunku do Odwołującego, jaką jest prowadzenie instalacji zagospodarowania odpadów, do której kierowane będą frakcje odpadów objęte również tym zamówieniem, wyjaśnienia zasadniczo zastępowały dowody w postaci cennika dla kierujących odpady do instalacji. Ponieważ EKOLINE może wykorzystywać posiadane zaplecze techniczne koszty zagospodarowania mogą odbiegać od tych jakie są dostępne dla podmiotów trzecich, a cenniki nie miałyby wówczas znaczenia. Odwołujący wskazując na brak dowodu odnosił się do cenników, ale także do cen zakupów paliwa, czy też umów o pracę, jak i ubezpieczeń. Uwzględniając specyfikę tej usługi, samo wykazanie stawek zatrudnienia, czy też kosztu zakupu paliwa, czy też ubezpieczenia nie ma wprost odniesienia do ceny oferty wyrażonej w

cenie jednostkowej 1 Mg i w tym ujęciu dowody te nie wpływałyby istotnie na ocenę wyjaśnień. Miałyby wyłącznie walor uzupełniający, ale nie rozstrzygający dla oceny pewnych uśrednionych założeń kalkulacyjnych. Ponadto, w ocenie składu orzekającego, to nie te czynniki miały decydujące znaczenia, ale fakt prowadzenia instalacji własnej, w tym możliwość uzyskania przychodu z obrotu materiałami nadającymi się do recyklingu, co również zostało wskazane w wyjaśnieniach. W odniesieniu do przychodu ze sprzedaży frakcji wskazanych w wyjaśnieniach (tj. papier, szkło, sprzęt elektroniczny, baterie), zasadniczo przychód ma znaczenie dla uzyskanego zysku, ale nie dla kosztu odbioru i zagospodarowania odpadu. Nie ma zatem wprost odniesienia do elementu, który miałby znaczenie dla stwierdzenia, iż cena nie uwzględnia wszystkich kosztów świadczenia usługi, co uzasadniać miałyby jej odrzucenie jako rażąco niskiej. W tej sytuacji, uwzględniając dane prezentowane w wyjaśnieniach, Odwołujący ograniczając zarzut do samego wytknięcia braku dowodów, w ocenie składu nie zdołał w sposób rzeczowy zakwestionować wyjaśnień, jako ogólnikowych.

Nie jest zgodne z treścią wyjaśnień twierdzenie o ich lakoniczności, w sytuacji gdy zawierają one konkretne dane identyfikujące poziom kosztów zakładu uwzględnionych w kalkulacji ceny dla poszczególnych frakcji odpadów. Na podstawie oświadczenia Wykonawcy Zamawiający mógł ustalić koszty, jakie uwzględnił Wykonawca, których wysokość zasadniczo nie było kwestionowania w odwołaniu jako niewiarygodna z punktu widzenia realiów rynkowych znanych Odwołującemu. Odwołujący w odwołaniu w zasadzie prezentował ogólne tezy wypracowane w orzecznictwie na gruncie wyjaśnień składanych w celu wykazania rynkowości kalkulacji ceny ofertowej, co nie może być wiodącym argumentem dla podważenia konkretnych założeń kalkulacyjnych. Odwołujący skupiając się wyłącznie na braku dowodów twierdził, iż wyjaśnienia nie są wystarczające, co w okolicznościach dotyczących tych konkretnych wyjaśnień uznane zostało przez skład orzekający za niewystarczające dla podważenia prezentowanych informacji.

Ponieważ Zamawiający w sposób ogólny, bez identyfikacji konkretnych okoliczności, jakie uzasadniać miały wezwanie (poza wskazaniem na różnice wysokości cen) sformułował wezwanie, Wykonawca prezentował dane, jakie w jego ocenie pozwalały ocenić ofertę. Zatem pewne braki wyjaśnień, nie mogły z góry i w sposób automatyczny dyskwalifikować informacji w nich zawartych i prowadzić do uznania ich za niewystarczające. W sytuacji, gdy w odwołaniu nie są kwestionowane konkretne wskaźniki przyjęte dla wyliczenia ceny, zasadniczo pozwala to uznać, iż Zamawiający mógł na tej podstawie ocenić ofertę. Procedura wyjaśnienia ceny nie powinna prowadzić do wypaczenia jej celu przez próbę stworzenia mechanizmu „automatycznego” odrzucania ofert wyłącznie z uwagi na braki w wyjaśnieniach, jeżeli w swz, czy też w wezwaniu nie zostało doprecyzowane jakie konkretne dane byłby wystarczające dla potwierdzenia ceny złożonej w ofercie. Skoro na etapie składania ofert nie jest wymagane przedstawienie konkretnych założeń, to same wyjaśnienia również należy oceniać w sposób odpowiedzialny i proporcjonalny, tak aby nie prowadziło to do odrzucania ofert prawidłowych. W badanym stanie faktycznym wyjaśnienia nie miały charakteru ogólnikowego i lakonicznego, lecz odnosiły się do konkretnych kosztów zakładowych, których wysokość w żaden sposób nie była kwestionowana jako nierealna.

Odnosząc się natomiast do kwestii niezgodności oferty z warunkami zamówienia, w zakresie w jakim wyjaśnienia nie odnosiły się do kosztów worków i systemu monitoringu skład orzekający uznał, iż elementy te nie są wiodącymi dla kalkulacji ceny, a przede wszystkim nie były one elementem formularza ofertowego. W konsekwencji Wykonawca w wyjaśnieniach skupiał się na kosztach odbioru i zagospodarowania 1 Mg odpadu, co stanowiło treść oferty sensu stricto. Również wezwanie od Zamawiającego nie wskazywało na konieczności wykazania kosztów tych elementów świadczenia. Sam brak informacji nie oznaczał zatem, że oferta jest niezgodna, gdyż zgodnie z swz cena oferty uwzględniać miała wszelkie koszty. Mając na uwadze ofertę sensu stricto, to formularz ofertowy określał treść identyfikującą przedmiot oferty, który podlegał wyjaśnieniom. Samo ogólne przywołanie treści wezwania, które zawiera zasadniczo treść przepisu nie identyfikowało, jako elementu koniecznego z punktu widzenia podejrzenia zaoferowania rażąco niskiej ceny, kosztów worków, jak również systemu monitorującego. Brak informacji w tym zakresie nie oznaczał zatem, że Wykonawca pominął te koszty, a jedynie nie zostały one wyjaśnione przez doprecyzowanie kwoty uwzględnionej w cenie 1 Mg danej frakcji odpadów. Wyjaśnienie ceny skupiało się na kosztach zakładowych, co nie odnosiło się bezpośrednio do wszystkich obowiązków związanych ze świadczeniem. Nie można zatem na tej podstawie formułować tezy, iż wyjaśnienia prowadziły do modyfikacji oświadczenia w ofercie, w taki sposób, iż wyłączały z zakresu wyceny elementy, co do których nie ma szczegółowej informacji.

W świetle powyższego zarzuty związane z oceną wyjaśnień złożonych przez EKOLINE Izba oddaliła w całości.

Izba uwzględniła natomiast zarzuty alternatywne, skierowane wobec czynności oceny podmiotowej, co do których słuszne były zastrzeżenia o braku staranności w ocenie dokumentów zarówno w zakresie pojazdów (wykaz narzędzi), jak i wykazu usług (doświadczenia).

W odniesieniu do pojazdów w odwołaniu zarzut sprowadza się do okoliczności braku wykazania spełnienia warunku dysponowania co najmniej:

dwoma samochodami skrzyniowymi o ładowności minimalnej 3,5 Mg każdy - do odbierania selektywnie zebranych odpadów komunalnych;

W wykazie narzędzi wprowadzone zostały wszystkie pozycje ze wskazaną w nich ilością pojazdów, to mając na uwadze opis narzucony we wzorze nie jest możliwe zweryfikowanie spełnienia warunku wyłącznie o dane o pojazdach. Zamawiający zmodyfikował opis pojazdu w poz. drugiej gdzie wskazane zostały co najmniej *dwie samochody przystosowane do odbierania selektywnie zebranych odpadów komunalnych*, bez wskazania na samochody skrzyniowe o ładowności minimalnej 3,5 Mg każdy. Tym samym w tej pozycji nie ma pewności, czy pojazdy – śmieciarki o masie odpowiednio 9,9 t i 14,2 t, są samochodami skrzyniowymi wskazanymi w opisie wymagań minimalnych. Jedyny pojazd skrzyniowy opisany w tabeli w poz. trzeciej odnosi się do innego warunku i ma mniejszą ładowność 2,08 t od tej wskazanej w spornym zasobie wymaganym przez Zamawiającego. W wykazie znajdują się również w ostatniej pozycji opisanej jako „inne” dwa samochody, jednak na podstawie ich opisu nie można zweryfikować, czy są to samochody skrzyniowe.

Zamawiający zapytany na rozprawie nie wyjaśnił tych wątpliwości, co powinno uzasadniać wezwanie Wykonawcy do wyjaśnienia, które z objętych wykazem pojazdów stanowią pojazdy skrzyniowe, gdyż obecna treść wykazu nie pozwala jednoznacznie wskazać na dwa spełniające parametr minimalny.

Konieczność uzupełnienia czynności badania spełnienia warunku odnosi się również do złożonego wykazu usług, w którym nie zostało w żaden sposób wyróżnione jaka wartość umów realizowanych w konsorcjum może być przypisana, jako zrealizowana przez EKOLINE (poz. 1 i 3 wykazu).

Ponadto z referencji dotyczącej pozycji trzeciej wykazu (Gmina Białobrzegi) wynika, iż żadna z dwóch objętych referencją umów nie miała wymaganej wartości co najmniej 3 mln zł brutto. W ocenie składu orzekającego treść swz nie pozwala na zsumowanie dwóch umów w sytuacji gdy każda z nich stanowi odrębne zamówienie, a opisie warunku wymagane dotyczy jednej umowy, której wartość jest powiązana z okresem realizacji. Zamawiający jednoznacznie określił, iż wymaga doświadczenia w realizacji: *co najmniej trzy usługi odbioru i zagospodarowania odpadów komunalnych od właścicieli nieruchomości każda w sposób ciągły przez okres minimum 10 miesięcy i każda z usług o łącznej masie minimum 1 500 Mg w przez okres realizacji i każda z usług o wartości co najmniej trzech milionów złotych brutto.*

Należy również zauważyć, iż z opisu zamieszczonego w wykazie określającego ilość odebranych odpadów łącznie dla obu umów (2.974,82 Mg) wynikać może, że żadna z nich nie osiągnęła łącznej masy minimalnej 1.500 Mg w okresie jej realizacji.

W sytuacji gdy wyjaśnienia nie doprowadzą do potwierdzenia spełnienia warunku udziału w postępowaniu Zamawiający powinien wezwać Wykonawcę do uzupełnienia dokumentów, które potwierdziłyby spełnienie warunku udziału w postępowaniu.

Izba pominęła korespondencję kierowaną przez obie strony po zamknięciu rozprawy i nie uwzględniła w szczególności dodatkowych dowodów, jakie Zamawiający próbował uzupełnić jako załącznik do protokołu rozprawy. Ponieważ zgodnie z art. 535 Ustawy strony i uczestnicy postępowania odwoławczego mogą składać dowody do czasu zamknięcia rozprawy, Izba pominęła spóźnione dowody.

W świetle powyższego orzeczono jak w sentencji.

O kosztach postępowania orzeczono stosownie do wyniku na podstawie art. 575 Ustawy Prawa zamówień publicznych oraz w oparciu o przepisy § 5 ust. 2 w zw. z § 7 ust. 2 pkt 1 poz. 2437). Izba zaliczyła do kosztów postępowania wpis w wysokości 15.000 zł oraz uzasadnione koszty Odwołującego i Zamawiającego wykazane rachunkami złożonymi przed zamknięciem rozprawy, ograniczając ich wysokość do limitu wynagrodzenia pełnomocnika określonego w rozporządzeniu i obciążyła nimi strony po połowie. Łączna wysokość zaliczonych kosztów wyniosła 22.200,00 zł, co po stosunkowym podziale ½ oznaczało, iż każda ze stron obciążona zostaje kosztami w wysokości 11.100,00 zł. Ponieważ wysokość wpisu – 15.000,00 zł przewyższała część kosztów przypadającą na Odwołującego Izba nakazał zwrot na rzecz Odwołującego kwoty połowy wpisu – 7.500,00 zł uznając, iż koszty wynagrodzenia pełnomocników poniesione przez strony w tej samej wysokości znoszą się wzajemnie.

Przewodnicząca:.....