

WYROK
z dnia 10 października 2023 r.

Krajowa Izba Odwoławcza – w składzie:

Przewodniczący: Małgorzata Rakowska

Protokolant: Wiktoria Ceyrowska

po rozpoznaniu na rozprawie w dniu 5 października 2023 r. w Warszawie odwołania wniesionego do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej w dniu 25 września 2023 r. przez wykonawców wspólnie ubiegających się o udzielenie zamówienia **RDF Sp. z o.o. z siedzibą w Ostrołęce, ul. Kołobrzeska 5, 07-401 Ostrołęka; MPK Pure Home Sp. z o.o. z siedzibą w Ostrołęce, ul. Kołobrzeska 5, 07-401 Ostrołęka i EKO-SAM BIS Sp. z o.o. z siedzibą w miejscowości Jakubów, ul. Dobra 12, 05-306 Jakubów** w postępowaniu prowadzonym przez zamawiającego **Gminę Otwock, ul. Armii Krajowej 5, 05-400 Otwock**

przy udziale wykonawcy **M. B. prowadzącego działalność gospodarczą pod firmą PROGRES M. B. z siedzibą w Sulejówku, ul. Bp. Krasickiego 44A, 05-070 Sulejówkę** zgłaszającego przystąpienie do postępowania odwoławczego o sygn. akt KIO 2812/23 po stronie zamawiającego,

orzeka:

1. Oddala odwołania.
2. Kosztami postępowania odwoławczego obciąża wykonawców wspólnie ubiegających się o udzielenie zamówienia **RDF Sp. z o.o. z siedzibą w Ostrołęce, ul. Kołobrzeska 5, 07-401 Ostrołęka; MPK Pure Home Sp. z o.o. z siedzibą w Ostrołęce, ul. Kołobrzeska 5, 07-401 Ostrołęka i EKO-SAM BIS Sp. z o.o. z siedzibą w miejscowości Jakubów, ul. Dobra 12, 05-306 Jakubów** i:
 - 2.1. zalicza w poczet kosztów postępowania odwoławczego kwotę **15 000 zł 00 gr** (słownie: piętnaście tysięcy złotych zero groszy) uiszczoną przez wykonawców wspólnie ubiegających się o udzielenie zamówienia **RDF Sp. z o.o. z siedzibą w Ostrołęce, ul. Kołobrzeska 5, 07-401 Ostrołęka; MPK Pure Home Sp. z o.o. z siedzibą w Ostrołęce, ul. Kołobrzeska 5, 07-401 Ostrołęka i EKO-SAM BIS Sp. z o.o. z siedzibą w miejscowości Jakubów, ul. Dobra 12, 05-306 Jakubów** 24, 85-075 Bydgoszcz tytułem wpisu od odwołania,
 - 2.2. zasądza od wykonawców wspólnie ubiegających się o udzielenie zamówienia **RDF Sp. z o.o. z siedzibą w Ostrołęce, ul. Kołobrzeska 5, 07-401 Ostrołęka; MPK Pure Home Sp. z o.o. z siedzibą w Ostrołęce, ul. Kołobrzeska 5, 07-401 Ostrołęka i EKO-SAM BIS Sp. z o.o. z siedzibą w miejscowości Jakubów, ul. Dobra 12, 05-306 Jakubów** na rzecz zamawiającego **Gminy Otwock, ul. Armii Krajowej 5, 05-400 Otwock** kwotę **3 600 zł 00 gr** (słownie: trzy tysiące sześćset złotych zero groszy), stanowiącą koszty postępowania odwoławczego poniesione z tytułu wynagrodzenia pełnomocnika.

Stosownie do art. 579 ust. 1 i art. 580 ust. 1 i 2 ustawy z dnia 11 września 2019 r. - Prawo zamówień publicznych (tj.: Dz. U. z 2023 r., poz. 1605) na niniejszy wyrok - w terminie 14 dni od dnia jego doręczenia - przysługuje skarga za pośrednictwem Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej do **Sądu Okręgowego w Warszawie**.

Przewodniczący:

Uzasadnienie

Gmina Otwock, zwana dalej „Zamawiającym”, działając na podstawie przepisów ustawy z dnia 11 września 2019 r. Prawo zamówień publicznych (tj.: Dz. U. z 2023 r., poz. 1605), zwanej dalej „ustawą Pzp”, prowadzi postępowanie o udzielenie zamówienia pn. „Odbieranie i zagospodarowanie odpadów komunalnych z nieruchomości, na których zamieszkują mieszkańcy, położonych na terenie Miasta Otwocka”.

Ogłoszenie o przedmiotowym zamówieniu zostało opublikowane w Dzienniku Urzędowym Unii Europejskiej Zamówień Publicznych w dniu 21 lipca 2023 r. pod numerem 2023/S 139-445776.

W dniu 25 września 2023 r. (pismem z tej samej daty) wykonawcy wspólnie ubiegający się o udzielenie zamówienia RDF Sp. z o.o. z siedzibą w Ostrołęce, MPK Pure Home Sp. z o.o. z siedzibą w Ostrołęce i EKO-SAM BI Sp. z o.o. z siedzibą w miejscowości Jakubów, zwani dalej „Odwołującym”, wnieśli odwołanie wobec czynności Zamawiającego polegających na:

- 1)wyborze oferty wykonawcy M. B. prowadzący działalność gospodarczą pod firmą PROGRES – M. B., zwanego dalej „wykonawcą PROGRES”, jako najkorzystniejszej w postępowaniu;
- 2)zaniechaniu wezwania wykonawcy PROGRES do wyjaśnień, w tym złożenia dowodów w zakresie wyliczenia istotnych części składowych zaoferowanej ceny, tj. ceny odbiór i zagospodarowanie 1 Mg odpadów w postaci szkła oraz ceny za odbiór i zagospodarowanie 1 Mg odpadów w postaci papieru i tektury w sytuacji, gdy każda z tych cen jednostkowych, stanowiących istotną część składową oferty wykonawcy PROGRES, jest niższa o co najmniej 30% od średniej arytmetycznej cen za odbiór i zagospodarowanie odpadów tych frakcji we wszystkich złożonych ofertach niepodlegających odrzuceniu na podstawie art. 226 ust. 1 pkt 1 i 10 ustawy Pzp;
- 3)zaniechaniu wezwania wykonawcy PROGRES do wyjaśnień, w tym złożenia dowodów w zakresie wyliczenia istotnych części składowych zaoferowanej ceny, tj. cen za odbiór i zagospodarowanie 1 Mg odpadów następujących frakcji: zmieszane odpady komunalne, odpady ulegające biodegradacji (w tym odpady zielone), szkło, papier i tektura oraz tworzywa sztuczne wraz z metalami i odpadami wielomateriałowymi, w sytuacji gdy ww. ceny jednostkowe zaoferowane przez wykonawcę PROGRES, stanowiące istotną część składową jego oferty, wydają się rażąco niskie w stosunku do przedmiotu zamówienia, co powinno wzbudzić wątpliwości Zamawiającego co do możliwości wykonania przedmiotu zamówienia zgodnie z wymaganiami określonymi w dokumentach zamówienia lub wynikającymi z odrębnych przepisów.

Zaskarżonym czynnościom Zamawiającego Odwołujący zarzucił naruszenie:

- 1)art. 224 ust. 2 pkt 1 ustawy Pzp w zw. z art. 226 ust. 1 pkt 8 ustawy Pzp w zw. z art. 16 pkt 1 ustawy Pzp poprzez zaniechanie wezwania wykonawcy PROGRES do wyjaśnień, w tym złożenia dowodów w zakresie wyliczenia istotnych części składowych zaoferowanej ceny, tj. ceny odbiór i zagospodarowanie 1 Mg odpadów w postaci szkła oraz ceny za odbiór i zagospodarowanie 1 Mg odpadów w postaci papieru i tektury w sytuacji, gdy każda z tych cen jednostkowych, stanowiących istotną część składową oferty PROGRES, jest niższa o co najmniej 30% od średniej arytmetycznej cen za odbiór i zagospodarowanie odpadów tych frakcji we wszystkich złożonych ofertach niepodlegających odrzuceniu na podstawie art. 226 ust. 1 pkt 1 i 10 ustawy Pzp;
- 2)art. 224 ust. 1 ustawy Pzp w zw. z art. 226 ust. 1 pkt 8 ustawy Pzp w zw. z art. 16 pkt 1 ustawy Pzp poprzez zaniechanie wezwania wykonawcy PROGRES do wyjaśnień, w tym złożenia dowodów w zakresie wyliczenia istotnych części składowych zaoferowanej ceny, tj. cen za odbiór i zagospodarowanie 1 Mg odpadów następujących frakcji: zmieszane odpady komunalne, odpady ulegające biodegradacji (w tym odpady zielone), szkło, papier i tektura oraz tworzywa sztuczne wraz z metalami i odpadami wielomateriałowymi, w sytuacji gdy ww. ceny jednostkowe zaoferowane przez PROGRES, stanowiące istotną część składową jego oferty, wydają się rażąco niskie w stosunku do przedmiotu zamówienia, co powinno wzbudzić wątpliwości Zamawiającego co do możliwości wykonania przedmiotu zamówienia zgodnie z wymaganiami określonymi w dokumentach zamówienia lub wynikającymi z odrębnych przepisów.

Odwołujący wniósł o uwzględnienie odwołania i nakazanie Zamawiającemu dokonania czynności unieważnienia wyboru oferty wykonawcy PROGRES jako najkorzystniejszej w postępowaniu i nakazanie przeprowadzenia ponownego badania i oceny ofert, a w ramach tej czynności wezwanie wykonawcy PROGRES do złożenia wyjaśnień, w tym złożenia dowodów w zakresie wyliczenia istotnych części składowych zaoferowanej ceny, tj. cen jednostkowych za odbiór, transport i zagospodarowanie odpadów następujących frakcji:

- 1) zmieszane odpady komunalne;
- 2) odpady ulegające biodegradacji (w tym odpady zielone);
- 3) szkło;
- 4) papier i tektura;
- 5) tworzywa sztuczne wraz z metalami i odpadami wielomateriałowymi.

W uzasadnieniu odwołania Odwołujący podniósł m.in., że Zamawiający zastrzegł wyraźnie w OPZ (pkt 6.1), że wykonawca zobowiązuje się do wykonywania wszystkich obowiązków wynikających z umowy oraz specyfikacji warunków zamówienia w ramach oferowanej ceny ofertowej. Charakterystycznym elementem umów na odbiór i zagospodarowanie odpadów jest bowiem rozliczanie się z wykonawcą usługi „od tony” odpadów. Stąd też cena ofertowa wykonawcy budowana jest w oparciu o poszczególne ceny jednostkowe za odbiór i zagospodarowanie odpadów poszczególnych frakcji. Łączna cena ofertowa brutto wskazana w Formularzu Ofertowym służy więc do porównania cen wszystkich wykonawców i jest wynikiem sumy wskazanych przez Zamawiającego ilości odpadów (podanych w tonach)

pomnożonych przez oferowane przez wykonawcę ceny jednostkowe.

Zgodnie z zapisami rozdziału XV pkt 1 i 2 SWZ wykonawca zobowiązany był więc podać w Formularzu Ofertowym cenę za realizację przedmiotu zamówienia zgodnie ze wzorem Formularza Ofertowego – dla każdej frakcji odpadów i cenę łączną („Cena całkowita brutto”). Zamawiający wyraźnie zaznaczył przy tym, że „cena ofertowa brutto musi uwzględniać wszystkie koszty związane z realizacją przedmiotu zamówienia zgodnie z opisem przedmiotu zamówienia oraz istotnymi postanowieniami umowy określonymi w niniejszej SWZ”. Następnie zastrzegł także, że cena ofertowa brutto musi uwzględniać wszelkie koszty, jakie wykonawca poniesie w związku z realizacją przedmiotu zamówienia (vide: rozdział XIX ust. 2 pkt 1 lit. b) SWZ).

W dniu 13 września 2023 r. Zamawiający poinformował, że za najkorzystniejszą w Postępowaniu uznał ofertę złożoną przez wykonawcę PROGRES. Tymczasem cena zaoferowana przez tego wykonawcę, w tym w szczególności następujące ceny jednostkowe zaoferowane przez wykonawcę PROGRES, tj. ceny za zmieszane odpady komunalne, odpady ulegające biodegradacji (w tym odpady zielone), szkło, papier i tektura oraz tworzywa sztuczne wraz z metalami i odpadami wielomateriałowymi, noszą znamiona cen rażąco niskich. Po stronie Zamawiającego powinna bezspornie powstać wątpliwość co do tego, czy wykonawca będzie w stanie realizować usługę za zaoferowaną cenę zgodnie z wymaganiami Zamawiającego. To z kolei powinno skutkować wezwaniem wykonawcy PROGRES do wyjaśnień w odniesieniu do ww. cen jednostkowych. Wykonawca PROGRES nie jest w stanie świadczyć usługi za zaoferowane ceny jednostkowe zgodnie z wymaganiami określonymi przez Zamawiającego w dokumentach zamówienia.

II. Cena za odbiór i zagospodarowanie szkła oraz papieru i tektury (uzasadnienie zarzutu nr 1 z petitum odwołania)

Odwolujący ma świadomość, że przesłanki wskazane w art. 224 ust. 2 pkt 1 ustawy Pzp nie zachodzą, gdy zestawia się łączną (całkowitą) cenę ofertową brutto wskazaną w Formularzu Ofertowym z wartością zamówienia lub ze średnimi cenami oferowanymi przez wykonawców w tym postępowaniu. Mimo to Zamawiający powinien być zwrócić uwagę, że oferta wykonawcy PROGRES jest tańsza zarówno od wartości zamówienia określonej przez Zamawiającego, jak i wszystkich innych wykonawców, w tym od ceny wykonawcy, który w poprzednim okresie świadczył tę samą usługę na rzecz Zamawiającego (Prezero Service Centrum) i który najlepiej zna specyfikę zamówienia, topografię gminy i najlepiej jest w stanie oszacować ryzyka związane z realizacją tego zamówienia. Oferta wykonawcy PROGRES jest tańsza od średniej ceny ofertowej wszystkich wykonawców aż o 19%. Już sama ta okoliczność powinna skłonić Zamawiającego do wnikliwej analizy oferty, w tym poszczególnych cen jednostkowych zaoferowanych przez tego wykonawcę. Tymczasem z załącznika nr 38 do protokołu postępowania wynika, że Zamawiający zakończył badanie ceny zaoferowanej przez wykonawcę PROGRES na analizie ceny łącznej (całkowitej), bez jakiegokolwiek analizy cen jednostkowych zaoferowanych przez tego wykonawcę, z których każda bezspornie stanowi istotną część składową oferty. Prawidłowo przeprowadzona analiza szczegółowych cen jednostkowych zaoferowanych przez wykonawcę PROGRES wskazuje bezspornie, że względem oferty wykonawcy PROGRES zachodzą obligatoryjne przesłanki dla jej badania pod kątem rażąco niskiej ceny, których to przesłanek Zamawiający nie dostrzegł. Zwraca uwagę na różnicę procentową cen wykonawcy PROGRES do średnich arytmetycznych cen wszystkich złożonych ofert niepodlegających odrzuceniu.

W przypadku dwóch frakcji odpadów, tj. szkła oraz papieru i tektury, ceny jednostkowe zaoferowane przez wykonawcę PROGRES nie tylko są niższe o przeszło 30% od średnich cen zaoferowanych przez wykonawców za odbiór i zagospodarowanie tej frakcji odpadów, ale różnica ta jest ogromna i wynosi aż 65,68% w przypadku szkła i 73,25% w przypadku papieru i tektury. Trudno więc uwierzyć, że Zamawiający zaniechał badania oferty wykonawcy PROGRES pod kątem rażąco niskiej ceny.

W tych okolicznościach bezwzględnie spełnione zostały obligatoryjne przesłanki wezwania wykonawcy PROGRES do złożenia wyjaśnień, w tym do złożenia dowodów w zakresie wyliczenia ceny za odbiór i zagospodarowanie szkła oraz papieru i tektury.

Przepisy Pzp nie określają, jakie części składowe ceny należy uznać za istotne ani według jakich kryteriów należy dokonywać oceny istotności części składowej ceny. Zdaniem Izby: „przez użyte w tym przepisie sformułowanie „istotna część składowa zaoferowanej ceny” nie należy uznawać wyłącznie takiej części składowej ceny, która stanowi istotny ułamek ceny oferty, ale również część składową ceny oferty, będącą ceną (wynagrodzeniem) za wykonanie świadczenia, które ma istotne znaczenie merytoryczne. (...)”.

Odwolujący podkreślił, że nie może budzić wątpliwości, że w ramach niniejszego zamówienia każda z cen jednostkowych, wyceniana przez wykonawcę w Formularzu Ofertowym stanowi istotną część składową jego oferty. Istotą tego zamówienia jest bowiem odbiór i zagospodarowanie wymienionych przez Zamawiającego frakcji odpadów. Niezależnie więc od samej szacowanej ilości odpadów poszczególnych odpadów – każda z tych frakcji powinna być uznana za istotną część składową oferty. Merytoryczne świadczenie usługi przez wykonawcę dotyczy bowiem odbioru i zagospodarowania każdej z tych frakcji, a między nimi nie zachodzi żadna hierarchia „ważności”.

O tym, że ceny jednostkowe za każdą frakcję odpadów stanowią istotną część ceny świadczy dodatkowo sposób

rozliczeń między wykonawcą a Zamawiającym określony postanowieniami wzoru umowy (vide: załącznik nr 3 do SWZ, §13 wzoru umowy), gdzie wprost wskazuje się, że „wynagrodzenie należne za jeden miesiąc świadczenia usług, poczynwszy od dnia wykonania usługi jest zmienne - ustalane jest na podstawie iloczynu kosztów odebrania i zagospodarowania odpadów i ich masy, przyjętych przez właściwy podmiot.”. Łączna cena całkowita wskazana w Formularzu Ofertowym służyła wyłącznie porównaniu ofert. Jak to już zostało wskazane na wstępie „łączna” cena składa się z cen jednostkowych za odbiór i zagospodarowanie odpadów poszczególnych frakcji, z których wszystkie są tak samo istotne, bowiem determinują świadczenie wykonawcy.

Odwołujący podniósł także, że wykonawca PROGRES zaoferował Zamawiającemu cenę za odbiór i zagospodarowanie odpadów w postaci szkła niższą o przeszło 65% od średniej arytmetycznej cen zaoferowanych przez wszystkich wykonawców. W przypadku odpadów w postaci papieru i tektury cena ta jest z kolei niższa aż o 73,25%. Już same te okoliczności (dalsze zostaną wskazane w kolejnym punkcie odwołania) sugerują, że ceny te są zaniżone i nierynkowe. Wobec tak dużej dysproporcji w cenach Zamawiający zobligowany był więc do wezwania wykonawcy do udzielenia wyjaśnień, w tym przedstawienia dowodów w zakresie wyliczenia ceny za odbiór i zagospodarowanie szkła oraz papieru i tektury. Wobec ziszczenia się przesłanek do obligatoryjnego wezwania wykonawcy do wyjaśnień ceny, zaniechanie skierowania stosownego wezwania do wykonawcy jawi się dodatkowo jako działanie naruszające zasadę uczciwej konkurencji i równego traktowania wykonawców, o której mowa w art. 16 pkt 1 ustawy Pzp. Przepisy ustawy Pzp bezsprzecznie zakazują wykonawcom oferowania cen nierynkowych, a sankcją za zaoferowanie ceny rażąco niskiej jest odrzucenie oferty wykonawcy. Obowiązek oferowania cen rynkowych dotyczy wszystkich wykonawców. Sankcje za ewentualne złamanie tego zakazu powinny być więc jednakowe dla wszystkich wykonawców. To z kolei wymaga wnikliwego badania i oceny ofert, w tym cen jednostkowych zaoferowanych przez wszystkich wykonawców, czego w niniejszym postępowaniu Zamawiający bezsprzecznie zaniechał.

III. Zasadność wezwania wykonawcy do wyjaśnień w trybie art. 224 ust. 1 Pzp (uzasadnienie zarzutu nr 2 z petitum odwołania)

Odwołujący podniósł, że biorąc pod uwagę wartości procentowe i różnicę co do średnich cen zaoferowanych przez wszystkich wykonawców ceny jednostkowe wykonawcy PROGRES są niższe o przeszło 30% w przypadku dwóch frakcji odpadów, czyli szkła oraz papieru i tektury. Ta okoliczność nie wyłącza jednak obowiązku zwrócenia się przez Zamawiającego do wykonawcy o wyjaśnienia także innych cen jednostkowych, które także wydają się rażąco niskie. W zaistniałych okolicznościach Zamawiający powinien był powziąć wątpliwość co do możliwości wykonania przez wykonawcę PROGRES przedmiotu zamówienia zgodnie z wymaganiami określonymi w dokumentach zamówienia lub wynikającymi z odrębnych przepisów, jak choćby przepisami ustawy o odpadach czy też ustawą prawo ochrony środowiska, które nakładają na wykonawców szereg obowiązków w zakresie postępowania z odpadami.

Wykonawca PROGRES powinien zostać wezwany do udzielenia wyjaśnień ceny nie tylko w odniesieniu do ceny zaoferowanej za odbiór i zagospodarowanie szkła oraz papieru i tektury, ale także cen za odbiór i zagospodarowanie 1 tony odpadów następujących frakcji: zmieszane odpady komunalne, odpady ulegające biodegradacji (w tym odpady zielone) oraz tworzywa sztuczne wraz z metalami i odpadami wielomateriałowymi, zwłaszcza że w przypadku ww. frakcji odpadów wykonawca PROGRES zaoferował ceny o kilkanaście lub kilkadziesiąt procent niższe niż średnie ceny zaoferowane przez wszystkich wykonawców.

Podstawową okolicznością, na którą powinien zwrócić uwagę Zamawiający i która powinna wzbudzić wątpliwości Zamawiającego co do realności cen zaoferowanych przez wykonawcę PROGRES i możliwości zrealizowania zamówienia zgodnie z wymogami Zamawiającego jest to, że wykonawca zaoferował tak niskie ceny pomimo tego, że jako jedyny spośród wszystkich wykonawców, którzy złożyli ofertę w tym postępowaniu, nie posiada własnych instalacji do przetwarzania (zagospodarowania) odpadów. To z kolei znacząco podraża koszty wykonania zamówienia.

Odwołujący zwrócił uwagę na zapisy §5 ust. 19 wzoru umowy, podnosząc że Wykonawcy, którzy posiadają własne instalacje zawsze będą mieli niższe koszty zagospodarowania odpadów niż wykonawca, który takich instalacji nie posiada. Jest to element przewagi konkurencyjnej wykonawców, którzy posiadają własne instalacje. Podkreślić przy tym należy, że koszt zagospodarowania odpadów jest kluczowym (największym) elementem kosztotwórczym przy zamówieniach na odbiór i zagospodarowanie.

Ponadto, z uwagi na fakt, że nawet tak doświadczonym wykonawcom jak Odwołujący bardzo trudno jest zawrzeć umowę na tak bardzo korzystnych warunkach z podmiotem trzecim, jakim jest prowadzący instalację, tym większą trudność z zawarciem umów z instalacjami będzie miał wykonawca PROGRES. W obecnych realiach rynkowych, oczywiste jest, że oferty korzystniejsze cenowo są składane przez podmioty posiadające własne instalacje. Takim wykonawcą nie jest wykonawca PROGRES. Mimo to oferuje on ceny dużo niższe niż wykonawcy, którzy posiadają własne instalacje. Wykonawcą, który posiada własne instalacje jest Odwołujący.

Odwołujący podkreślił przy tym, że nie ma też możliwości, aby wykonawca PROGRES sprzedawał odpady takie jak szkło, papier, tworzywa sztuczne recyklerom, a tym samym „zarabiał” na tych odpadach. Dzieje się tak z uwagi na

stopień zanieczyszczeń tych odpadów i bardzo rygorystyczne wymogi stawiane przez recyklerów przy przyjmowaniu odpadów. Aby sprzedawać odpady recyklerowi konieczne jest ich dodatkowe sortowanie oraz doczyszczenie. To z kolei wymaga zezwoleń, technologii, inwestycji i odpowiednich linii służących do przetwarzania odpadów. Tych z kolei wykonawca PROGRES nie ma, więc przekazanie odpadów do zagospodarowania w instalacji obcej stanowi wyłącznie koszt po stronie wykonawcy PROGRES, największy z punktu widzenia przedmiotu zamówienia.

Tak więc zaoferowane ceny jednostkowe nie pozwolą nawet wykonawcy PROGRES pokryć samych tylko kosztów zagospodarowania odpadów (dotyczy to szkła, papieru i tektury). W ramach przedmiotowej usługi wykonawca będzie miał obowiązek nie tylko zagospodarować odpady, ale także je odebrać i przetransportować do odpowiednich instalacji. To z kolei wiąże się z koniecznością w kalkulowaniu w każdą cenę jednostkową kosztów zbiórki odpadów od mieszkańców, kosztów transportu do instalacji i kosztów przeładunku odpadów. Zamawiający zakłada odbiór odpadów także w soboty, co też ma znaczenie z punktu widzenia kosztów realizacji zadania..

Według szacunkowych danych Odwołującego zaoferowane przez wykonawcę PROGRES ceny jednostkowe nie pozwolą temu wykonawcy na pokrycie wszystkich kosztów, jakie wiążą się z odbiorem i zagospodarowaniem odpadów następujących frakcji odpadów: zagospodarowanie zmieszanych odpadów komunalnych, odpadów ulegających biodegradacji (w tym za odpady zielone), szkła, papieru i tektury oraz tworzyw sztucznych wraz z metalami i odpadami wielomateriałowymi, a na pewno nie pozwoli to na wypełnienie przez wykonawcę wszystkich obowiązków, jakie nakładają na niego postanowienia SWZ i powszechnie obowiązujące przepisy prawa. Istotne jest przy tym, że zamówienie obejmuje okres 21 miesięcy i ma się zakończyć w czerwcu 2025 r., co niesie za sobą realne ryzyko wzrostu cen i kosztów świadczenia usługi, czego wykonawca PROGRES najpewniej nie ujął w swojej wycenie.

Odwołujący podkreślił także, że wykonawca PROGRES nie jest wykonawcą, który aktualnie świadczy usługi o tych samym przedmiocie na rzecz Zamawiającego. Jest to kolejna istotna okoliczność, która powinna wzbudzić wątpliwości Zamawiającego co do realności cen zaoferowanych przez wykonawcę PROGRES, skoro wykonawca ten będzie musiał ponieść koszty tzw. „wejścia na rynek”, na przykład związane z koniecznością wyposażenia nieruchomości w worki.

Zamawiający nie może pozwolić sobie na wybór oferty wykonawcy, który nie będzie w stanie, w ramach zaoferowanego wynagrodzenia, realizować usługi zgodnie z umową. Ceny jednostkowe zaoferowane przez wykonawcę PROGRES budzą poważne i uzasadnione wątpliwości, że wykonawca ten nie wziął pod uwagę wszystkich wymagań Zamawiającego, co do sposobu realizacji zamówienia dla tej pozycji cenowej, a tym samym oferta ta może zawierać rażąco niską cenę w tej pozycji, co przekłada się na całą ofertę wykonawcy PROGRES (i tak znacznie niższą niż oferta konkurentów). Z uwagi na fakt, że Zamawiający przed odrzuceniem oferty z powodu rażąco niskiej ceny jest zobowiązany do przeprowadzenia procedury wyjaśniającej, niniejszy zarzut zaniechania wykonania takiej czynności należy uznać za zasadny. Dopiero po przeprowadzeniu procedury wyjaśniającej możliwe będzie postawienie ewentualnego zarzutu dot. zaniechania odrzucenia oferty z powodu rażąco niskiej ceny.

Brak wezwania wykonawcy PROGRES do złożenia wyjaśnień w zakresie rażąco niskiej ceny powoduje, że Zamawiający nie może mieć pewności, że wykonawca, którego wybrał w Postępowaniu będzie w stanie pokryć koszty realizacji usługi i tym samym zapewnić bezpieczne wykonanie przedmiotu zamówienia. Odwołujący bazując na swoim wieloletnim doświadczeniu, opartym także o bardzo dobrą znajomość przedmiotu zamówienia, wynikającą, że tego, że od lat je wykonuje, jest przekonany, iż nie ma możliwości prawidłowego i rzetelnego wykonania przedmiotu zamówienia w tym postępowaniu za wynagrodzenie odpowiadające cenie oferty wykonawcy PROGRES.

Zamawiający zaniechał wezwania wykonawcy PROGRES do wyjaśnień, w tym złożenia dowodów w zakresie wyliczenia istotnej części składowej zaoferowanej ceny, tj. cen za odbiór i zagospodarowanie zmieszanych odpadów komunalnych, odpadów ulegających biodegradacji (w tym za odpady zielone), szkła, papieru i tektury oraz tworzyw sztucznych wraz z metalami i odpadami wielomateriałowymi w sytuacji, gdy zaoferowane przez wykonawcę ceny, w świetle właściwości tego wykonawcy, powinny wzbudzić wątpliwości Zamawiającego co do możliwości wykonania przedmiotu zamówienia zgodnie z wymaganiami określonymi w dokumentach zamówienia lub wynikającymi z odrębnych przepisów.

Zamawiający kopię odwołania wraz z informacją o wniesieniu odwołania przekazał wykonawcom pocztą elektroniczną za pomocą platformy w dniu 26 września 2023 r.

W dniu 28 września 2023 r. (pismem z tej samej daty) wykonawca PROGRES zgłosił przystąpienie do postępowania odwoławczego, po stronie Zamawiającego, przekazując kopie przystąpienia Odwołującemu i Zamawiającemu.

W dniu 5 października 2023 r. (pismem z tej samej daty) Zamawiający złożył odpowiedź na odwołanie, w której wniósł o oddalenie odwołania w całości oraz zasadzenie od Odwołującego kosztów postępowania odwoławczego a także przeprowadzenie dowodów z dokumentów wymienionych w uzasadnieniu odwołania na okoliczności tam

wskazane.

Uwzględniając dokumentację z przedmiotowego postępowania o udzielenie zamówienia publicznego, w tym treść ogłoszenia o zamówieniu oraz treść SWZ, złożone oferty, jak również biorąc pod uwagę oświadczenia i stanowiska Stron oraz Przystępującego złożone podczas rozprawy, skład orzekający Izby ustalił i zważył, co następuje:

Izba nie znalazła podstaw do odrzucenia odwołania w związku z tym, iż nie została wypełniona żadna z przesłanek negatywnych, uniemożliwiających merytoryczne rozpoznanie odwołania, wynikających z art. 528 ustawy Pzp.

Izba również stwierdziła, że wypełniono przesłanki istnienia interesu Odwołującego w uzyskaniu przedmiotowego zamówienia oraz możliwości poniesienia szkody w wyniku naruszenia przez Zamawiającego przepisów art. 505 ust. 1 ustawy Pzp.

Izba stwierdziła skuteczność przystąpienia wykonawcy PROGRES do udziału w postępowaniu odwoławczym po stronie Zamawiającego.

Izba rozpoznając sprawę uwzględniła akta sprawy odwoławczej, które zgodnie z § 8 rozporządzenia Prezesa Rady Ministrów z dnia 30 grudnia 2020 roku w sprawie postępowania przy rozpoznawaniu odwołań przez Krajową Izbę Odwoławczą (Dz. U. z 2020 r. poz. 2453) stanowią odwołanie wraz z załącznikami oraz dokumentacją postępowania o udzielenie zamówienia w postaci elektronicznej lub kopia dokumentacji, o której mowa w § 7 ust. 2, a także inne pisma składane w sprawie oraz pisma kierowane przez Izbę lub Prezesa Izby w związku z wniesionym odwołaniem.

Izba uwzględniła także stanowiska oraz oświadczenia Stron i Przystępującego wyrażone w pismach oraz złożone ustnie do protokołu posiedzenia i rozprawy.

Izba dopuściła zawnioskowany i złożony przez Odwołującego w załączeniu do odwołania dowód, tj.: Opracowanie własne Odwołującego – Zestawienie cen za 1 Mg odpadu złożonych ofert i różnica procentowa do cen jednostkowych zaofertowanych przez PROGRES.

Izba dopuściła zawnioskowane i złożone przez Odwołującego na rozprawie dowody, tj.:

1. Kalkulacje Odwołującego w sprawie KIO 2812/23 (5 kart).
2. Informacja z otwarcia ofert W Przetargu MZO Wołomin z dnia 02.10.2023 r. pn. Odbiór i zagospodarowanie niesegregowanych odpadów komunalnych o kodzie 20 03 01 z Miejskiego Zakładu Oczyszczania w Wołominie Sp. z o.o., numer ZP/6/2023 oraz Informacja z otwarcia ofert z dnia 02.10.2023 r.
3. Cennik przyjęcia odpadów do zagospodarowania w instalacji komunalnej (MPB) zlokalizowanej w Starym Lubiejewie – Zakład Gospodarki Komunalnej w Ostrowi mazowieckiej Sp. z o.o.
4. Trzy faktury na usługę zagospodarowania - kod odpadu 20 03 01 i 15 01 06.
5. Faktura – zakup usługi transportowej.

Izba dopuściła zawnioskowane i złożone przez Zamawiającego na rozprawie dowody, tj.: wyciągi z formularzy ofertowych wszystkich wykonawców ubiegających się o udzielenie przedmiotowego zamówienia – Tabela nr 1.

Izba dopuściła zawnioskowane i złożone przez Przystępującego w załączeniu do odpowiedzi na odwołanie dowody, tj.:

1. Faktura za nabywane paliwo.
2. Dwie faktury za sprzedaż odpadów komunalnych.

Mając na uwadze powyższe skład orzekający Izby merytorycznie rozpoznał złożone odwołanie, uznając że odwołanie nie zasługuje na uwzględnienie.

Izba ustaliła następujący stan faktyczny:

Zamawiający, zgodnie z rozdziałem XIV SWZ „OPIS SPOSOBU PRZYGOTOWANIA OFERT ORAZ WYMAG FORMALNE DOTYCZĄCE SKŁADANYCH OŚWIADCZEŃ I DOKUMENTÓW” wymagał złożenia oferty na Form Ofertowym – zgodnie z Załącznikiem nr 1 do SWZ.

W postępowaniu złożono 4 oferty, a ich ceny były następujące: oferta złożona przez:

- o wykonawcę PROGRES (Przystępującego) - cena całkowita brutto 20 060 228,34 zł, w tym cena za 1 Mg brutto: Odpady Niesegregowane (zmieszane) odpady komunalne – 815,40 zł, Odpady wielkogabarytowe – 820,80 zł, Odpady ulegające biodegradacji, w tym odpady zielone – 594,00 zł, Szkło – 162,00 zł, Papier i tektura – 162,00 zł, Tworzywa sztuczne wraz z metalami i odpadami wielomateriałowymi – 648,00 zł i Zużyte urządzenia elektryczne i elektroniczne – 2 484,00 zł.
- o Odwołującego - cena całkowita brutto 24 947 923,45 zł, w tym cena za 1 Mg brutto: Odpady Niesegregowane (zmieszane) odpady komunalne – 860,00 zł, Odpady wielkogabarytowe – 805,00 zł, Odpady ulegające biodegradacji, w tym odpady zielone – 805,00 zł, Szkło – 805,00 zł, Papier i tektura – 805,00 zł, Tworzywa sztuczne wraz z metalami i odpadami wielomateriałowymi – 805,00 zł i Zużyte urządzenia elektryczne i elektroniczne – 805,00 zł.

o wykonawcę REMONDIS - cena całkowita brutto 28 398 476,19 zł, w tym cena za 1 Mg brutto: Odpady Niesegregowane (zmieszane) odpady komunalne – 1 070,36 zł, Odpady wielkogabarytowe – 1 147,80 zł, Odpady ulegające biodegradacji, w tym odpady zielone – 806,81 zł, Szkło – 650,86 zł, Papier i tektura – 967,73 zł, Tworzywa sztuczne wraz z metalami i odpadami wielomateriałowymi – 906,91 zł i Zużyte urządzenia elektryczne i elektroniczne – 1 415,25 zł.

o wykonawcy PRE ZERO - cena całkowita brutto 25 818 387,98 zł, w tym cena za 1 Mg brutto: Odpady Niesegregowane (zmieszane) odpady komunalne – 1 004,40 zł, Odpady wielkogabarytowe – 864,00 zł, Odpady ulegające biodegradacji, w tym odpady zielone – 810,00 zł, Szkło – 270,00 zł, Papier i tektura – 486,00 zł, Tworzywa sztuczne wraz z metalami i odpadami wielomateriałowymi – 864,00 zł i Zużyte urządzenia elektryczne i elektroniczne – 540,00 zł.

Zamawiający wartość szacunkową zamówienia powiększoną o należny podatek od towarów i usług oszacował na kwotę 21 600 000,00 zł.

Oferta wykonawcy PROGRES została wybrana jako najkorzystniejsza.

Mając na uwadze powyższe Izba zważyła, co następuje:

Art. 224 ust. 1 ustawy Pzp stanowi, że „jeżeli zaoferowana cena lub koszt, lub ich istotne części składowe, wydają się zamawiającemu rażąco niskie w stosunku do przedmiotu zamówienia i budzą jego wątpliwości co do możliwości wykonania przedmiotu zamówienia zgodnie z wymaganiami określonymi przez zamawiającego lub wynikającymi z odrębnych przepisów, zamawiający żąda od wykonawcy wyjaśnień, w tym złożenia dowodów w zakresie dotyczących wyliczenia ceny lub kosztu, lub ich istotnych części składowych”.

Natomiast art. 224 ust. 2 pkt 1 ustawy Pzp stanowi, że „w przypadku gdy cena całkowita oferty złożonej w terminie jest niższa o co najmniej 30% od:

1) wartości zamówienia powiększonej o należny podatek od towarów i usług, ustalonej przed wszczęciem postępowania lub średniej arytmetycznej cen wszystkich złożonych ofert zamawiający zwraca się o udzielenie wyjaśnień, o których mowa w ust. 1, chyba że rozbieżność wynika z okoliczności oczywistych, które nie wymagają wyjaśnienia.”.

W niniejszym stanie faktycznym nie wystąpiły przesłanki obligatoryjnego zwrócenia się do wykonawcy PROGRES o udzielenie wyjaśnień w przedmiocie rażąco niskiej ceny, o których mowa w art. 224 ust. 2 ustawy Pzp. W przepisie tym ustawodawca nałożył bowiem na Zamawiającego obowiązek wezwania wykonawcy do złożenia wyjaśnień, gdy cena całkowita oferty jest niższa o co najmniej 30% od wartości zamówienia powiększonej o należny podatek VAT, ustalonej przed wszczęciem postępowania oraz średniej arytmetycznej cen wszystkich złożonych ofert niepodlegających odrzuceniu. W sposób opisany w tym przepisie badana jest więc cena całkowita oferty, odnoszona do dwóch z wyżej wskazanych sytuacji. Tymczasem cena oferty Przystępującego stanowi 93% wartości szacunkowej zamówienia i jest od niej jedynie o 7% niższa, co więcej jest niższa o 19 % od cen ofert pozostałych wykonawców. Wobec powyższego stwierdzić należy, że nie wystąpiły przesłanki obligatoryjnego zwrócenia się do wykonawcy PROGRES o udzielenie wyjaśnień w przedmiocie rażąco niskiej ceny, o których mowa w art. 224 ust. 2 ustawy Pzp.

Zastosowania nie znajduje również art. 224 ust. 1 ustawy Pzp. Przepis ten może być bowiem zastosowany wyłącznie wtedy, gdy Zamawiający ma wątpliwości co do możliwości wykonania przedmiotu zamówienia za zaoferowaną kwotę, jak i wówczas gdy cena lub koszt wydają się Zamawiającemu rażąco niskie. Podkreślić przy tym należy, że pojęcia „wydaje się” i „budzi wątpliwości zamawiającego” są pojęciami nieostryimi i mają szerokie możliwości zastosowania. Tak więc Zamawiający, dokonując oceny ofert, musi ją odnieść do realiów rynkowych i na ich podstawie ocenić czy mogą one wpłynąć na należyte wykonanie przyszłej umowy. Oznacza to, że Zamawiający zobowiązany jest do żądania od wykonawcy udzielenia stosownych wyjaśnień tylko w sytuacji zaistnienia okoliczności określonych w tym przepisie. Instytucja ta umożliwia bowiem weryfikację wiarygodności ceny zaoferowanej przez wykonawcę, dając Zamawiającemu możliwość wezwania wykonawcy do złożenia wyjaśnień rażąco niskiej ceny. Zamawiający takich wątpliwości – jak konsekwentnie podkreślał w toku rozprawy i jak wskazał w złożonym piśmie procesowym – nie miał, zarówno co do ceny całkowitej oferty Przystępującego, jak i poszczególnych pozycji kosztorysowych oferty tego wykonawcy. Uznał bowiem, że stanowią one konkurencyjne oferty przygotowane w oparciu o zindywidualizowane kalkulacje. Jedni wykonawcy skalkulowali bowiem ceny wszystkich rodzajów odpadów niemal identycznie (np. Odwołujący oferuje dla sześciu z siedmiu rodzajów odpadów identyczne ceny bez względu na rodzaj), inni zaś zindywidualizowali je w zależności od rodzaju opadów i ceny jednostkowe w ich ofertach są wówczas różne.

Tak więc Odwołujący zestawia ceny tych pozycji w ofercie Przystępującego z cenami tych rodzajów odpadów w ofertach innych wykonawców i odnosi do średniej arytmetycznej innych ofert w tych właśnie pozycjach, dokonując wyliczeń w tym tylko zakresie. Tymczasem przesłanki wezwania do złożenia wyjaśnień rażąco niskiej ceny, na które powołuje się Odwołujący, to w istocie obligatoryjne przesłanki wezwania do złożenia wyjaśnień ceny całkowitej oferty a

nie jej elementów. Przepis ten (art. 224 ust. 1 ustawy Pzp) nie określa bowiem przesłanek uzasadniających konieczność wezwania wykonawcy do złożenia wyjaśnień w zakresie istotnych części składowych. Wskazuje jedynie na istnienie wątpliwości. Ceny jednostkowe zakwestionowane przez Odwołującego to te ceny jednostkowe, które są niższe od odpowiadających im cen w ofercie Odwołującego, jak i innych wykonawców, tj.: ceny jednostkowe „zmieszanych odpadów komunalnych, odpadów ulegających biodegradacji (w tym odpadów zielonych), szkła, papieru i tektury oraz tworzyw sztucznych wraz z metalami i odpadami wielomateriałowymi”. Odwołujący zakwestionował więc 5 z 7 rodzajów odpadów, których odbiór były wyceniany przez wykonawców i, które - w jego ocenie – stanowią istotną część składową ceny ofertowej, a których wartość powinna wzbudzić wątpliwości Zamawiającego. Dowodem na powyższe miałyby być przygotowane przez niego opracowania (kalkulacje cenowe - dowód nr 1), które miałyby świadczyć o tym, że Przystępujący nieprawidłowo wyliczył ceny jednostkowe wskazanych rodzajów odpadów. Niemniej jednak są to wyłącznie jego własne opracowania przygotowane w oparciu o własne kalkulacje i założenia. Nie mogą być więc miarodajne, gdyż każdy z wykonawców dokonał własnej kalkulacji cen, przyjmując określone koszty zbiórki, transportu i przeładunku 1 Mg odpadów. W Formularzu ofertowym Przystępującego są i ceny wyższe niż skalkulowane przez pozostałych wykonawców (zużyte urządzenia elektryczne i elektroniczne). Kolejny dowód (dowód nr 2) dotyczy postępowania przeprowadzonego przez MZO Wołomin na odbiór i zagospodarowanie niesegregowanych odpadów komunalnych o kodzie 20 03 01 a więc jedynie jednego rodzaju odpadów objętych wskazanym postępowaniem podczas gdy postępowanie prowadzone przez Zamawiającego obejmuje odbiór i zagospodarowanie kilku rodzajów odpadów komunalnych. A ponadto każde ze wskazanych miast (Wołomin i Otwock) ma inne uwarunkowania. Stąd też nie mogą być w sposób prosty porównane. Cennik przyjęcia odpadów do zagospodarowania w instalacji komunalnej (MPB) zlokalizowanej w Starym Lubiejewie (dowód nr 3) faktycznie wskazuje, że inna jest cena odpadów „zanieczyszczonych innymi frakcjami odpadów”, inna zaś jest cena odpadów tzw. „czystych”. Nie oznacza to jednak, że takie właśnie koszty ponosi Przystępujący a wskazany cennik jest jedynym obowiązującym. Nie świadczy o tym także koszt usługi zagospodarowania odpadów o kodzie 20 03 01 (dowód nr 4 – plik faktur). Wykonawca może bowiem realizację tej usługi powierzyć innemu wykonawcy i ponieść inne koszty jej wykonania. Koszt usługi transportowej i koszt paliwa (dowód nr 5) potwierdzają jedynie wysokość kosztów transportowych ponoszonych przez jednego z konsorcjantów Odwołującego we wskazanym w fakturach terminie. Nie stanowią one dowodu na to, że Przystępujący nierzetelnie skalkulował cenę całkowitą oferty i wyspecyfikowane w formularzu ceny jednostkowe. To przecież Przystępujący złożył faktury od odbiorców odpadów o kodach 15 01 07 i 15 01 01, z których wynika że w odniesieniu do tych rodzajów odpadów wykonawca uzyska zysk i zysk ten ma zagwarantowany na rok 2024. Co więcej udział pozycji „szkło” w całości przedmiotu zamówienia stanowi 6,29%, zaś udział pozycji „papier i tektura” 4,01%. Pozycje te nie stanowią więc znacznego kosztu w cenie oferty tego wykonawcy.

Przystępujący zna specyfikę rynku obejmującego gminę Otwock, gdyż realizował już zamówienie na rzecz tego Zamawiającego, wobec czego – jak wskazywał - potrafi, uwzględniając realia tego rynku, skalkulować ceny jednostkowe. Nie może być więc mowy nawet o potencjalnej możliwości nienależytego wykonania przedmiotu tego zamówienia. Przystępujący w piśmie procesowym złożonym w sprawie, bo jedynie za takie może ono być uznane, nie tylko wskazał, że uzyska zysk ze sprzedaży szkła i papieru ale i przedłożył stosowne faktury, które potwierdzają możliwość wykonania tej części zamówienia za zaoferowane w ofercie ceny.

W świetle postawionych przez Zamawiającego w SWZ wymagań oraz sporządzonego przez niego szacunku zamówienia cena zaproponowana przez Przystępującego nie budzi wątpliwości co do możliwości wykonania zamówienia zgodnie z wymaganiami Zamawiającego. Tym samym Izba uznała, iż brak jest jakichkolwiek podstaw prawnych do wzywania Przystępującego do składania wyjaśnień rażąco niskiej ceny.

Biorąc powyższe pod uwagę, orzeczono jak w sentencji.

O kosztach postępowania orzeczono stosownie do wyniku, na podstawie art. 574 ustawy Prawo zamówień publicznych (tj.: Dz. U. z 2023 r., poz. 1605) oraz w oparciu o przepisy

§ 7 ust. 1 pkt 1 rozporządzenia w sprawie szczegółowych rodzajów kosztów postępowania odwoławczego, ich rozliczania oraz wysokości i sposobu pobierania wpisu od odwołania (Dz.U. z 2020 r., poz. 2437).

Przewodniczący: