

WYROK

Warszawa, dnia 10 lutego 2025 r.

Krajowa Izba Odwoławcza - w składzie:

Przewodnicząca: Monika Banaszekiewicz

Protokolant: Rafał Komoń

po rozpoznaniu na rozprawie w dniu 4 lutego 2025 r. odwołania wniesionego do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej w dniu 9 stycznia 2025 r. przez wykonawcę M.J. prowadzącego działalność gospodarczą pod firmą M.J. Przedsiębiorstwo Wielobranżowe „MIKI” w Krakowie w postępowaniu prowadzonym przez zamawiającego Gminę Wojnicz przy udziale uczestnika po stronie odwołującego – wykonawcy FB Serwis Zielona Karpatia Sp. z o.o. z siedzibą w Tarnowie

orzeka:

1. uwzględnia odwołanie i nakazuje Zamawiającemu unieważnienie czynności wyboru oferty najkorzystniejszej z dnia 31 grudnia 2024 r., powtórzenie czynności badania i oceny ofert, odrzucenie oferty wykonawcy K.W. prowadzącego działalność gospodarczą pod firmą P.U.H. EcoTech K.W. w Stopnicy,

2. kosztami postępowania obciąża zamawiającego Gminę Wojnicz i:

2.1. zalicza w poczet kosztów postępowania odwoławczego kwotę 15 000 zł 00 gr (słownie: piętnaście tysięcy złotych zero groszy) uiszczoną przez wykonawcę M.J. prowadzącego działalność gospodarczą pod firmą M.J. Przedsiębiorstwo Wielobranżowe „MIKI” w Krakowie tytułem wpisu od odwołania i kwotę 3 600 zł 00 gr (trzy tysiące sześćset złotych zero groszy) poniesioną przez wykonawcę M.J. prowadzącego działalność gospodarczą pod firmą M.J. Przedsiębiorstwo Wielobranżowe „MIKI” w Krakowie tytułem wynagrodzenia pełnomocnika;

2.2. zasądza od zamawiającego Gminy Wojnicz na rzecz wykonawcy M.J. prowadzącego działalność gospodarczą pod firmą M.J. Przedsiębiorstwo Wielobranżowe „MIKI” w Krakowie kwotę 18 600 zł 00 gr (słownie: osiemnaście tysięcy sześćset złotych zero groszy) stanowiącą koszty postępowania odwoławczego poniesione przez 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 74/25

Uzasadnienie

Zamawiający Gmina Wojnicz (dalej: „Zamawiający”), prowadzi z zastosowaniem przepisów ustawy z 11 września 2019 r. prawo zamówień publicznych (Dz. U. z 2024 r. poz. 1320 dalej: „ustawa Pzp”) postępowanie w trybie przetargu nieograniczonego pn. „Odbiór i zagospodarowanie odpadów z terenu Gminy Wojnicz w 2025 r.” (znak postępowania: FZP.271.2.17.2024), Część 1 – „Odbiór i zagospodarowanie odpadów komunalnych od właścicieli nieruchomości zamieszkałych z terenu Gminy Wojnicz”. Wartość zamówienia jest wyższa, niż progi unijne. Ogłoszenie o zamówieniu ukazało się w Dzienniku Urzędowym Unii Europejskiej z dnia 13 września 2024 r. pod nr 549952-2024

9 stycznia 2025 roku do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej w Warszawie, w przedmiotowym postępowaniu odwołanie złożył wykonawca M.J. prowadzącego działalność gospodarczą pod firmą M.J. Przedsiębiorstwo Wielobranżowe „MIKI” w Krakowie (dalej: „Odwołujący”).

Odwołanie złożono wobec niezgodnych z przepisami ustawy Pzp następujących czynności i zaniechań Zamawiającego:

1. Zaniechania odrzucenia oferty wykonawcy K.W., prowadzącego działalność gospodarczą pod nazwą P.U.H. EcoTech K.W., z siedzibą: ul. Kościuszki 65C, 28-130 Stopnica, w zakresie Części I Zamówienia, z uwagi na fakt, że oferta tego wykonawcy podlegała odrzuceniu.

2. Dokonania czynności wyboru oferty wykonawcy K.W., prowadzącego działalność gospodarczą pod nazwą P.U.H.

EcoTech K.W., z siedzibą: ul. Kościuszki 65C, 28-130 Stopnica, jako najkorzystniejszej w zakresie Części I Postępowania, podczas gdy oferta tego wykonawcy podlegała odrzuceniu.

Odwołujący zarzucił Zamawiającemu naruszenie:

1. art. 226 ust. 1 pkt 8) ustawy Pzp w zw. z art. 224 ust. 6 ustawy Pzp poprzez zaniechanie odrzucenia oferty złożonej przez wykonawcę K.W., prowadzącego działalność gospodarczą pod nazwą P.U.H. EcoTech K.W., podlegającego wykluczeniu z postępowania w zakresie Części I Postępowania, mimo faktu, iż w Wykonawca ten złożył ofertę zawierającą rażąco niską cenę lub koszt w stosunku do przedmiotu zamówienia podczas gdy, złożone przez Wykonawcę wyjaśnienia, w zakresie Części I Postępowania, nie uzasadniają podanej w ofercie ceny lub kosztu oraz nie spełniają merytorycznych oraz ustawowych przesłanek wymaganych przepisami prawa stawianym treści wyjaśnień rażąco niskiej ceny.

2. art. 224 ust. 5 ustawy Pzp poprzez błędne uznanie przez Zamawiającego, że wykonawca K.W., prowadzący działalność gospodarczą pod nazwą P.U.H. EcoTech K.W. wykazał i udowodnił, w zakresie Części I Postępowania, że jego oferta nie zawiera rażąco niskiej ceny podczas gdy, złożone przez wykonawcę wyjaśnienia, w zakresie Części I Postępowania, nie uzasadniają podanej w ofercie ceny lub kosztu oraz nie spełniają merytorycznych oraz ustawowych przesłanek wymaganych przepisami prawa stawianym treści wyjaśnień rażąco niskiej ceny.

3. art. 16 pkt 1) i 2) ustawy Pzp oraz art. 17 ust. 2 ustawy Pzp w zw. z art. 239 ust. 1 ustawy Pzp w zw. z art. 226 ust. 1 pkt 8) ustawy Pzp w zw. z art. 224 ust. 6 ustawy Pzp poprzez zaniechanie odrzucenia oferty wykonawcy K.W., prowadzącego działalność gospodarczą pod nazwą P.U.H. EcoTech K.W. jako oferty zawierającej rażąco niską cenę w zakresie Części I Postępowania, podczas gdy, treść udzielonych przez tego wykonawcę wyjaśnień w zakresie Części I Postępowania, potwierdza, że oferta zawiera rażąco niską cenę z przyczyn wskazanych 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.

Odwołujący wnosil o:

1. Merytoryczne rozpatrzenie przez Krajową Izbę Odwoławczą odwołania i jego uwzględnienie. 2. Dopuszczenie i przeprowadzenie dowodów wskazanych w treści odwołania.

3. Zasądzenie od Zamawiającego na rzecz Odwołującego kosztów postępowania odwoławczego, w tym kosztów zastępstwa prawnego oraz zwrotu kosztów według spisu przedłożonego na rozprawie.

4. Nakazanie Zamawiającemu unieważnienia czynności wyboru oferty wykonawcy K.W., prowadzącego działalność gospodarczą pod nazwą P.U.H. EcoTech K.W., w zakresie Części I Postępowania.

5. Nakazanie Zamawiającemu dokonania czynności odrzucenia oferty wykonawcy K.W., prowadzącego działalność gospodarczą pod nazwą P.U.H. EcoTech K.W. jako zawierającej rażąco niską cenę, w zakresie Części I Postępowania.

6. Nakazanie Zamawiającemu dokonania czynności ponownego badania i oceny ofert wśród wykonawców, których oferty nie zostały odrzucone, w zakresie Części I Postępowania.

Odwołanie zostało wniesione z zachowaniem ustawowego terminu określonego w art. 515 ust. 1 pkt 1 lit. a) ustawy Pzp. Zamawiający przekazał Odwołującemu informację o wyborze najkorzystniejszej oferty dnia 31 grudnia 2024 r. zatem termin na wniesienie odwołania upłynął dnia 10 stycznia 2025 r., w związku z czym odwołanie zostało wniesione w terminie.

Wpis od odwołania w kwocie 15 000,00 złotych (piętnaście tysięcy złotych zero groszy) został uiszczony przelewem na rachunek bankowy Urzędu Zamówień Publicznych. Odwołujący prawidłowo przekazał kopię odwołania Zamawiającemu oraz załączył potwierdzenie przekazania odwołania Zamawiającemu.

Uzasadniając posiadanie interesu we wniesieniu środka odwoławczego Odwołujący wskazał, że w wyniku nieprawidłowych działań Zamawiającego doznał uszczerbku związanego z niemożliwością realizacji przedmiotowego zamówienia publicznego, a w konsekwencji osiągnięcia z tego tytułu zysku (co jest szkodą). Zamawiający zdaniem Odwołującego bezpodstawnie, pomimo istnienia obligatoryjnych przesłanek odrzucenia oferty wykonawcy K.W., prowadzącego działalność gospodarczą pod nazwą P.U.H. EcoTech K.W., nie odrzucił tej oferty i dokonał wyboru tego wykonawcy jako niepodpajającej odrzuceniu i będącej ofertą najkorzystniejszą, w zakresie Części I Postępowania. Odwołujący wskazał, że złożył ofertę, która została oceniona na drugim miejscu, w zakresie Części I postępowania. Gdyby Zamawiający postąpił w sposób prawidłowy i odrzucił ofertę K.W., to jak wskazał Odwołujący wezwałby go do złożenia podmiotowych środków dowodowych, dokonał oceny jego oferty, a w konsekwencji zostałaby podpisana z Odwołującym umowa na realizację Zamówienia w zakresie Części I postępowania - co przesądza o naruszeniu interesu Odwołującego. W konsekwencji w wyniku błędnych czynności Zamawiającego (w tym jego zaniechań) Odwołujący podał, że został pozbawiony możliwości wykonywania Zamówienia.

W dniu 28 stycznia 2025 r. do akt sprawy wpłynęła odpowiedź na odwołanie, w której Zamawiający wnosil o:

1. Oddalenie odwołania w całości.

2. Zasądzenie od Odwołującego na rzecz Zamawiającego kosztów postępowania, w tym kosztów zastępstwa procesowego według norm prawem przewidzianych.

3. Dopuszczenie i przeprowadzenie dowodu z załącznika do oceny ofert (dokument wewnętrzny) – na okoliczność wykazania, iż Zamawiający w sposób wnikliwy i ze szczególną skrupulatnością dokonał oceny ofert, a tym samym dopełnił ustawowych obowiązków.

Po przeprowadzeniu rozprawy z udziałem Stron i uczestnika postępowania odwoławczego, na podstawie zgromadzonego w sprawie materiału dowodowego oraz oświadczeń, a także stanowisk Stron i uczestnika postępowania odwoławczego, Krajowa Izba Odwoławcza ustaliła i zważyła, co następuje:

Izba ustaliła, iż nie została wypełniona żadna z przesłanek skutkujących odrzuceniem odwołania, odwołanie nie zawierało braków formalnych i mogło zostać rozpoznane merytorycznie.

Izba ustaliła, że wykonawca wnoszący odwołanie wykazał interes w korzystaniu ze środków ochrony prawnej. Interes we wniesieniu odwołania wynika z faktu, iż w przypadku uwzględnienia przez Izbę zarzutów odwołania Odwołujący będzie miał szansę na uzyskanie zamówienia, gdyż jego oferta uplasuje się na pierwszym miejscu w rankingu ofert.

Przystąpienie do postępowania odwoławczego po stronie Odwołującego w ustawowym terminie zgłosił wykonawca FBSerwis Zielona Karpatia Sp. z o.o. z siedzibą w Tarnowie.

Strony nie zgłosiły opozycji, ani zastrzeżeń co do skuteczności przystąpienia tego wykonawcy do postępowania odwoławczego, w związku z czym Izba postanowiła dopuścić wykonawcę FBSerwis Zielona Karpatia Sp. z o.o. z siedzibą w Tarnowie (dalej: Przystępujący) do udziału w postępowaniu odwoławczym po stronie Odwołującego.

Izba postanowiła dopuścić dowody z dokumentacji przedmiotowego postępowania, odwołania wraz z załącznikami, odpowiedzi na odwołanie wraz z załącznikami, oświadczenia o przystąpieniu do postępowania odwoławczego, pisma procesowego z dnia 29 stycznia 2025 r. złożonego przez Przystępującego.

Biorąc pod uwagę stanowiska Stron i zgromadzony materiał dowodowy, Izba uznała, że odwołanie w całości należało uwzględnić.

W zakresie podniesionych zarzutów Izba ustaliła następujący stan faktyczny:

Zamawiający prowadzi postępowanie w trybie przetargu nieograniczonego pn. „Odbiór i zagospodarowanie odpadów z terenu Gminy Wojnicz w 2025 r.” (znak postępowania: FZP.271.2.17.2024), Część 1 – „Odbiór i zagospodarowanie odpadów komunalnych od właścicieli nieruchomości zamieszkałych z terenu Gminy Wojnicz”.

W postępowaniu w wyznaczonym terminie w części 1 postępowania oferty złożyło trzech wykonawców – Odwołujący, Przystępujący i K.W. prowadzący działalność gospodarczą pod firmą P.U.H. EcoTech K.W. w Stopnicy (dalej: „wykonawca EcoTech”).

L.p.	Nazwa wykonawcy	Liczba punktów w kryterium: - Cena (waga 60%)	Liczba punktów w kryterium: poziom emisji spalin normą Euro (waga 30%)	Liczba punktów w kryterium: akcji prom.selektywną zbiórkę odpadów komunalnych (waga 10%)	Łączna punktacja
1	P.U.H. EcoTech K.W., ul. T. Kościuszki 65 C, 28-130 Stopnica	60,00	30,00	10,00	100,00
2	M.J. Przedsiębiorstwo Wielobranżowe „Miki”, ul. Nad Drwiną 33, 30-841 Kraków	52,40	30,00	10,00	92,40
3	FBSerwis Karpatia sp. z o.o., ul. Odległa 8, 33-100 Tarnów	40,90	30,00	10,00	80,90

23 października 2024 r. Zamawiający zgodnie z art. 224 ust. 1 ustawy Pzp zażądał od wykonawcy EcoTech wyjaśnień, a w tym złożenia dowodów w zakresie wyliczenia istotnych części składowych zaoferowanej ceny.

Zamawiający wezwał wykonawcę do złożenia szczegółowych i popartych dowodami wyjaśnień dotyczących treści złożonej oferty w następujących zakresie:

L.p.	Rodzaj odpadu kody	Ilość zamawianych odpadów, która stanowi istotną część składową zaoferowanej ceny [Mg]	Zaoferowana cena przez wykonawcę	Procentowa odchyłka zaoferowanej ceny jednostkowej od średniej arytmetycznej cen jednostkowej wszystkich ofert w danej pozycji
1	150101	90	300,00 zł	43,55 %

2	150102	434	20,00zł	96,39 %
7	160103	49	200,00 zł	69,91 %
10	170107	34	200,00 zł	69,14 %
12	200101	55	10,00 zł	98,64 %
18	200108	451	10,00	98,57 zł %

Ponadto Zamawiający stwierdził, że w pozycjach nr 3, 9, 11, 14, 16, 17, 20-26, 28-29 zaoferowana cena jednostkowa odbiega o 30% od średniej arytmetycznej cen jednostkowych wszystkich ofert ale z uwagi na zamawiane niewielkie ilości w całym przedmiocie zamówienia nie stanowią one istotnej części składowej zaoferowanej ceny.

31 października 2024 r. wykonawca EcoTech złożył wyjaśnienia załączając do nich:

1. Kopię umowy zawartej pomiędzy P.U.H. EcoTech K.W. a SPALMED R.K. wraz z cennikiem w Zał nr. 1
2. Kopie umów o pracę.
3. Wojnicz kalkulacja cen.
4. ZAŚWIADCZENIE Z ZUS.

20 listopada 2024 r. Zamawiający poinformował wykonawców o dokonaniu wyboru oferty wykonawcy EcoTech jako najkorzystniejszej.

1 grudnia 2024 r. Odwołujący złożył odwołanie zarzucając Zamawiającemu naruszenie:

- 1)W odniesieniu do, wskazanego w punkcie I.1 odwołania, zaniechania czynności odtajnienia całości (tj. również w zakresie ww. niejawnnej części) złożonych przez wykonawcę: K.W., przedsiębiorcę prowadzącego działalność gospodarczą pod firmą: P.U.H. EcoTech K.W., wyjaśnień w przedmiocie rażąco niskiej ceny i ich udostępnienia Odwołującemu:

— art. 18 ust 1, 2 i 3 ustawy Pzp w zw. z art. 74 ust. 2 ustawy Pzp w zw. 11 ust 2 ustawy z dnia 16 kwietnia 1993 r. o zwalczaniu nieuczciwej konkurencji (tekst jednolity: Dz. U. z 2022 r. poz. 1233) – dalej również jako: „znku” – poprzez zaniechanie odtajnienia i udostępnienia Odwołującemu całości wyjaśnień w przedmiocie rażąco niskiej ceny (ww. załączników), złożonych przez wykonawcę: K.W., przedsiębiorcę prowadzącego działalność gospodarczą pod firmą: P.U.H. EcoTech K.W., podczas gdy dokonane zastrzeżenie jako „tajemnicy przedsiębiorstwa” części wyjaśnień (ww. załączników do nich) nie spełnia przesłanek wskazanych w hipotezie art. 11 ust 2 znku – co skutkowało tym, iż Odwołujący oraz inni wykonawcy biorący udział w postępowaniu pozbawieni zostali dostępu do treści złożonych wyjaśnień m.in w celu dokonania ich oceny.

- 2)Odnosnie do czynności i zaniechań Zamawiającego wskazanych powyżej w punkcie I.2 odwołania:

— art. 224 ust. 2 pkt 1 ustawy Pzp w zw. z art. 224 ust. 1 ustawy Pzp w zw. z art. 16 pkt 1 i 2 ustawy Pzp – poprzez zaniechanie przez Zamawiającego wezwania wykonawcy: K.W., przedsiębiorcy prowadzącego działalność gospodarczą pod firmą: P.U.H. EcoTech K.W., do udzielenia wyjaśnień w zakresie wyliczenia cen jednostkowych zawartych w treści Załącznika nr 2 do Specyfikacji Warunków Zamówienia – Formularza ofertowego w zakresie cen jednostkowych co do Części nr 1 ww. zamówienia w pozycjach Lp. nr 3, 9, 11, 14, 16, 17, 20, 21, 22, 23, 24, 25, 26, 28 i 29, pomimo tego, że ceny te spełniały przesłanki wskazane w hipotezie art. 224 ust. 1 pkt 1 pzp w ten sposób, że jak przyznaje sam Zamawiający w treści ww. wezwania z dnia 23 października 2024 roku zat. Żądanie od wykonawcy wyjaśnień w zakresie wyliczenia ceny, kosztu lub ich istotnych części składowych (na str. 2 pisma u góry): „Ponadto Zamawiający stwierdził, że w pozycjach nr 3, 9, 11, 14, 16, 17, 20–26, 28-29 zaoferowana cena jednostkowa odbiega o 30% od średniej arytmetycznej cen jednostkowych wszystkich ofert”;

- 3)W odniesieniu do czynności wyboru najkorzystniejszej oferty (punkt I.3 odwołania):

— art. 16 pkt 1 ustawy Pzp i art. 17 ust 2 ustawy Pzp w zw. z art. 253 ust 1 pkt 1 ustawy Pzp poprzez dokonanie wyboru w zakresie Części nr 1 ww. zamówienia jako najkorzystniejszej oferty złożonej przez wykonawcę: K.W., przedsiębiorcę prowadzącego działalność gospodarczą pod firmą: P.U.H. EcoTech K.W., podczas gdy zasada równego traktowania wykonawców i prowadzenia postępowania w sposób zapewniający zachowanie uczciwej konkurencji, w okolicznościach faktycznych i prawnych niniejszej sprawy, nie dozwalała Zamawiającemu na podjęcie decyzji o wyborze ww. oferty co do Części nr 1 ww. zamówienia publicznego; Zamawiający powinien był bowiem w miejsce tego dokonać czynności wskazanych w treści odwołania, których dokonania poniechał.

10 grudnia 2024 r. Zamawiający oświadczył, że zgodnie z art. 522 ust. 1 ustawy Pzp, uwzględnią w całości zarzuty przedstawione w odwołaniu. Oświadczył jednocześnie, że zgodnie z art. 522 ust. 1 zdanie drugie ustawy Pzp, wykona, powtórzy lub unieważni czynności w postępowaniu o udzielenie zamówienia, zgodnie z żądaniami zawartymi w odwołaniu. Podniósł, że do postępowania odwoławczego nie przystąpił po stronie zamawiającego żaden wykonawca, dlatego wnosił, aby Krajowa Izba Odwoławcza rozważyła możliwość umorzenia postępowania odwoławczego o sygnaturze akt KIO 4496/24 na posiedzeniu niejawnym bez obecności stron oraz uczestników postępowania odwoławczego.

12 grudnia 2024 r. Krajowa Izba Odwoławcza na podstawie art. 522 ust. 1w zw. z art. 568 ust. 3 ustawy Pzp umorzyła

postępowanie odwoławcze.

17 grudnia 2024 r. Zamawiający skierował do wykonawców pismo w sprawie odtajnienia zastrzeżonych informacji.

17 grudnia 2024 r. Zamawiający zażądał od wykonawcy EcoTech zgodnie z art. 224 ust. 1 ustawy Pzp wyjaśnień, w tym złożenia dowodów, w zakresie wyliczenia istotnych części składowych zaoferowanej ceny.

Zamawiający wezwał wykonawcę do złożenia szczegółowych i popartych dowodami wyjaśnień dotyczących treści złożonej oferty w następującym zakresie:

L.p.	Rodzaj odpadu kody	Ilość zamawianych odpadów, która stanowi istotną część składową zaoferowanej ceny [Mg]	Zaoferowana cena przez wykonawcę	Procentowa odchyłka zaoferowanej ceny jednostkowej od średniej arytmetycznej cen jednostkowych wszystkich ofert w danej pozycji
3	150104	3	100,00 zł	86,01 %
9	170103	5	300,00 zł	55,98 %
11	170201	1	500,00 zł	33,17 %
14	200111	0,5	300,00 zł	64,63 %
16	200139	1,4	300,00 zł	66,60 %
17	150110	0,5	1 000,00 zł	79,31 %
20	200203	3	500,00 zł	36,02 %
21	200113	0,07	600,00 zł	83,02 %
22	200119	0,07	600,00 zł	83,02 %
23	200121	0,05	600,00 zł	72,31 %
24	200123	2	300,00 zł	84,35 %
25	200127	0,2	300,00 zł	90,82 %
26	200131	0,05	1 000,00 zł	76,92 %
28	200133	0,3	1 000,00 zł	68,09 %
29	200134	0,3	1 000,00 zł	56,52 %

Zamawiający wskazał czego zgodnie z art. 224 ust. 3 ustawy Pzp mogą w szczególności dotyczyć wyjaśnienia.

Zamawiający wskazał na istotne znaczenie przepisu art. 224 ust. 4 ustawy Pzp, na którego podstawie Zamawiający – w przypadku zamówień na roboty budowlane lub usługi – musi żądać wyjaśnień, o których mowa w akapicie pierwszym, co najmniej w zakresie określonym w punkcie 2, podpunkt 4) i 6). Zamawiający pouczył również wykonawcę o tym, że niedostarczenie przez niego żądanych wyjaśnień do dnia 27.12.2024 r., do godz. 10:00 spowoduje, że Zamawiający odrzuci jego ofertę jako ofertę wykonawcy, który nie udzielił wyjaśnień w wyznaczonym terminie lub jeżeli złożone wyjaśnienia wraz z dowodami nie uzasadnią podanej w ofercie ceny lub kosztu, zgodnie z art. 224 ust. 6 ustawy Pzp. Zamawiający podkreślił, że zgodnie z art. 224 ust. 5 ustawy Pzp, obowiązek wykazania, że oferta nie zawiera rażąco niskiej ceny lub kosztu spoczywa na wykonawcy, od którego Zamawiający zażądał wyjaśnień.

30 grudnia 2024 r. wykonawca EcoTech udzielił odpowiedzi wskazując, że podtrzymuje on stanowisko tak jak w złożonych wyjaśnieniach z dnia 31.10.2024 r., iż jego oferta nie jest ofertą rażąco niską i w pełni pozwala wypracować zysk przy zachowaniu przepisów prawa pracy co jak i ochrony środowiska co potwierdzał we wcześniejszych wyjaśnieniach i przedstawiał na potwierdzenie również tego dowody w formie umów o pracę jak umowy z instalacjami przetwarzania odpadów. Wskazał również, iż w rzeczywistości co potwierdzają stany analizy gospodarki odpadami z terenu Gminy Wojnicz zamieszczone w Biuletynie Informacji Publicznej w latach ubiegłych żaden z wymienionych kodów odpadów w wezwaniu tj. 150104, 170103, 170201, 200111, 200139, 150110, 200203, 200113, 200119, 200121, 200123, 200127, 200131, 200133, 200134 nie został odebrany nawet choćby w ilości minimalnej, zatem nie może stanowić to podstawy odrzucenia oferty w zakresie, iż oferta jest rażąco niską. Do odpowiedzi wykonawca nie załączył żadnych dowodów.

31 grudnia 2024 r. Zamawiający poinformował wykonawców o wyborze oferty K.W. prowadzącego działalność gospodarczą pod firmą P.U.H. EcoTech K.W. w Stopnicy jako najkorzystniejszej.

Z takim stanowiskiem Zamawiającego nie zgodził się Odwołujący składając odwołanie.

Rozpoznanie sprawy przez Izbę dotyczyło tego, czy Zamawiający dopuścił się naruszenia przepisów ustawy Pzp poprzez:

- zaniechanie odrzucenia oferty złożonej przez wykonawcę K.W. prowadzącego działalność gospodarczą pod nazwą P.U.H. EcoTech K.W. (dalej: „wykonawca EcoTech”) w zakresie części I postępowania, pomimo faktu, iż w wykonawca ten złożył ofertę zawierającą rażąco niską cenę lub koszt w stosunku do przedmiotu zamówienia podczas gdy, złożone przez tego wykonawcę wyjaśnienia, w zakresie części I postępowania, nie uzasadniają podanej w ofercie ceny lub kosztu oraz nie spełniają merytorycznych oraz ustawowych przesłanek wymaganych przepisami prawa stawianym treści wyjaśnień rażąco niskiej ceny,

- błędne uznanie przez Zamawiającego, że wykonawca EcoTech wykazał i udowodnił, w zakresie części I postępowania, że jego oferta nie zawiera rażąco niskiej ceny podczas gdy, złożone przez tego wykonawcę wyjaśnienia w zakresie

części I postępowania, nie uzasadniają podanej w ofercie ceny lub kosztu oraz nie spełniają merytorycznych oraz ustawowych przesłanek wymaganych przepisami prawa stawianym treści wyjaśnień rażąco niskiej ceny,
- a w konsekwencji zaniechanie odrzucenia oferty wykonawcy EcoTech jako oferty zawierającej rażąco niską cenę w zakresie części I postępowania, podczas gdy, treść udzielonych przez tego wykonawcę wyjaśnień w zakresie części I postępowania, potwierdza, że oferta zawiera rażąco niską cenę z przyczyn wskazanych 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.

Odnosząc się do zarzutów nr 1 i 2 w pierwszej kolejności należy wskazać, że zgodnie z art. 226 ust. 1 pkt 8 ustawy Pzp:

„1. Zamawiający odrzuca ofertę, jeżeli:

(...)

8) zawiera rażąco niską cenę lub koszt w stosunku do przedmiotu zamówienia”

Zgodnie z art. 224 ust. 6 ustawy Pzp:

„6. Odrzuceniu, jako oferta z rażąco niską ceną lub kosztem, podlega oferta wykonawcy, który nie udzielił wyjaśnień w wyznaczonym terminie, lub jeżeli złożone wyjaśnienia wraz z dowodami nie uzasadniają podanej w ofercie ceny lub kosztu.”

Zgodnie z art. 224 ust. 5 ustawy Pzp:

„5. Obowiązek wykazania, że oferta nie zawiera rażąco niskiej ceny lub kosztu spoczywa na wykonawcy.”

W przedmiotowej sprawie Zamawiający dwukrotnie tj. wezwaniem z dnia 23 października 2024 r. i wezwaniem z dnia 17 grudnia 2024 r. zgodnie z art. 224 ust. 1 ustawy Pzp zażądał od wykonawcy EcoTech wyjaśnień, w tym złożenia dowodów, w zakresie wyliczenia istotnych części składowych zaoferowanej ceny. W pierwszym wezwaniu Zamawiający wezwał tego wykonawcę do złożenia szczegółowych i popartych dowodami wyjaśnień dotyczących treści złożonej oferty w zakresie: poz. 1 kod odpadów 150101, poz. 2 kod odpadów 150102, poz. 7 kod odpadów 160103, poz. 10 kod odpadów 170107, poz. 12 kod odpadów 200101 i poz. 18 kod odpadów 200108 W drugim wezwaniu Zamawiający wezwał EcoTech do złożenia szczegółowych i popartych dowodami wyjaśnień dotyczących treści złożonej oferty w następującym zakresie: poz. 3 kod odpadów 150104, poz. 9 kod odpadów 170103, poz. 11 kod odpadów 170201, poz. 14 kod odpadów 200111, poz. 16 kod odpadów 200139, poz. 17 kod odpadów 150110, poz. 20 kod odpadów 200203, poz. 21 kod odpadów 200113, poz. 22 kod odpadów 200119, poz. 23 kod odpadów 200121, poz. 24 kod odpadów 200123, poz. 25 kod odpadów 200127, poz. 26 kod odpadów 200131, poz. 28 kod odpadów 200133, poz. 29 kod odpadów 200134 EcoTech złożył wyjaśnienia odpowiednio 31 października 2024 r. i 30 grudnia 2024 r. Do pierwszych wyjaśnień wykonawca załączył kopię umowy zawartej przez niego ze SPALMED R.K. wraz z cennikiem, kopie umów o pracę, kalkulację cen i zaświadczenie z ZUS. W drugich wyjaśnieniach wykonawca ograniczył się do stwierdzenia, że podtrzymuje stanowisko z pierwszych wyjaśnień, zacytowania orzeczeń KIO i ogólnych stwierdzeń dotyczących skierowanego do niego wezwania.

Zamawiający kierując do wykonawcy EcoTech drugie wezwanie działał w nawiązaniu do oświadczenia o uwzględnieniu odwołania, które złożył w sprawie o sygn. akt KIO 4496/24 Stanowisko takie przesądza zdaniem Izby o charakterze części składowych zaoferowanej ceny. Potwierdzeniem tego jest również treść wezwania, jego podstawa prawna, jak również pouczenie wykonawcy o konsekwencjach niezłożenia wyjaśnień we wskazanym terminie lub jeżeli złożone wyjaśnienia wraz z dowodami nie uzasadnią podanej w ofercie ceny lub kosztu (art. 224 ust. 6 ustawy Pzp), jak również o ciężarze dowodu, który spoczywa na wykonawcy (art. 224 ust. 5 ustawy Pzp). Co prawda Zamawiający w odpowiedzi na odwołanie, jak i podczas rozprawy wskazał, że uwzględnił zarzuty odwołania celem przyspieszenia procedury i szybkiego zakończenia postępowania, jednak zdaniem Izby jest to argumentacja przytoczona na potrzeby postępowania odwoławczego.

Zgodnie z § 7 projektowanych postanowień umownych dla części I:

„Wynagrodzenie Wykonawcy w okresie obowiązywania Umowy będzie stanowiło iloczyn odebranych i zagospodarowanych odpadów oraz ceny za odbiór i zagospodarowanie jednej tony (Mg) odpadów podanych w ofercie Wykonawcy dla danej kategorii odpadów tj. w formularzu ofertowym stanowiącym załącznik nr 1 do Umowy.”

Mając na uwadze to, że Zamawiający wymaga podania w formularzu ofertowym cen jednostkowych za 1 Mg odpadów wymienionych kategorii i na ich podstawie obliczona będzie wartość wynagrodzenia należnego wykonawcy za odbiór o zagospodarowanie odpadów, to niewątpliwie ich wycena ma charakter istotny z punktu widzenia prawidłowości realizacji przedmiotu zamówienia, na zasadach określonych przez Zamawiającego.

Odnosząc się do stanowiska Zamawiającego oraz wykonawcy EcoTech o śladowym udziale procentowym kwestionowanych przez Odwołującego kodów Izba wskazuje, że podziela w tym zakresie stanowisko Izby wyrażone w wyroku z dnia 3 grudnia 2020 r. (sygn. akt KIO 2974/20), zgodnie z którym: „opieranie się wyłącznie na językowej wykładni ww. uregulowania i stosowanie tego rodzaju porównania w celu ustalenia istotnych części składowych ceny

(kosztu) oferty, bez odwołania się do innych kryteriów czy okoliczności, jest błędne. Wynika to z tego, że im bardziej dana część składowa ceny oferty jest zaniżona, tym mniejszy jest jej udział procentowy w całkowitej cenie oferty. Nie można wykluczyć, że wykonawcy celowo dążą do zaniżenia wyceny określonych elementów składających się na zamówienia, przerzucając koszty do innych pozycji, kreując w ten sposób przesłankę nieistotności takiego elementu z punktu widzenia wartości takich prac w cenie globalnej za realizację zamówienia. Zdaniem Izby oparcie się więc wyłącznie na takim udziale procentowym w wartości kosztów realizacji zamówienia jest nieprawidłowe. Analizie w zakresie „istotności” powinien podlegać nie tylko aspekt ekonomiczny, ale również sposób jego wyceny przyjęty przez Zamawiającego, znaczenie z punktu widzenia przedmiotu zamówienia i jego wykonania, sposób uregulowania obowiązków wykonawcy co do wykonania kwestionowanych pozycji w umowie.” Potwierdzenie powyższego znalazło się w wypowiedzi Zamawiającego, który wskazał podczas rozprawy, że przerzucanie kosztów do innych pozycji jest znaną mu, stosowaną przez wykonawców praktyką. W przedmiotowej sprawie w pozycjach, których dotyczyło pierwsze wezwanie procentowa odchyłka zaoferowanej ceny jednostkowej od średniej arytmetycznej cen jednostkowej wszystkich ofert w danej pozycji wynosi od 43,55 % do 98,64 %, zaś w pozycjach, których dotyczyło drugie wezwanie od 33,17 % do 90,82 %. Pierwsze wezwanie dotyczyło 6 pozycji, zaś drugie 15. Odwołujący w złożonym odwołaniu w ocenie Izby skutecznie podważył możliwość wykonania zamówienia w częściach, których dotyczyły wezwania. Wskazał on m.in. na niedoszacowanie kosztów pracy, kosztów amortyzacji pojazdów, jak również skutecznie podważył wiarygodność dowodu w postaci umowy zawartej ze SPALMED wskazując na koszty paliwa, rodzaj odpadów, które może odbierać ten wykonawca, jak również profil prowadzonej przez niego działalności (działalność związana z obiosem, transportem oraz termicznym unieszkodliwianiem odpadów w specjalistycznej spalarni odpadów, pochodzących z działalności diagnostycznej, leczenia oraz profilaktyki medycznej i weterynaryjnej), zezwolenie na zbieranie przez SPALMED odpadów wyłącznie w województwie opolskim (informacja z rejestru BDO) i związane z tym koszty transportu. Odwołujący podniósł również brak możliwości składowania przez wykonawcę EcoTech odpadów o kodach 16 01 03, 17 01 07, 20 01 01 i 20 01 08, podczas gdy z umowy zawartej ze SPALMED wynika konieczność składowania odpadów, które będą odbierane. Za wiarygodne zdaniem Izby należy uznać również dowody przedłożone przez Odwołującego (cenniki poszczególnych instalacji) na okoliczność wykazania tego, że podmioty prowadzące instalacje nie płać podmiotom, które przywożą do nich nieoczyszczone odpady. To one pobierają niemałe opłaty, w najlepszym wypadku odbierają odpady za darmo pod warunkiem, że jest to czysty surowiec wtórny, a nie odbierany bezpośrednio z terenu gminy (jak ma to miejsce w przedmiotowym postępowaniu).

Zamawiający w odpowiedzi na odwołanie wskazał, że uznał za przekonującą argumentację przedstawioną przez wykonawcę EcoTech w obu przedstawionych wyjaśnieniach. Izba wskazuje, że w pozycjach podanych przez Zamawiającego w obu wezwaniach występują znaczne rozbieżności cenowe. Zamawiający powinien je wyjaśnić w toku badania i oceny oferty. Zamawiający dokonując wyboru oferty wykonawcy EcoTech jako najkorzystniejszej oparł się na ogółstównych wyjaśnieniach tego wykonawcy o tym, że większość odbieranych odpadów zagospodarowuje lub przetwarza. Oparł się na kopii umowy ze SPALMED, która nie wiadomo czy jest przez te podmioty realizowana (nie zostało załączone żadne potwierdzenie np. faktura). Dodatkowo wskazał na wielopłaszczyznową współpracę ze spółką New Energy Cieszyn Sp. z o.o. z siedzibą w Dębowcu, która oferuje wykonawcy EcoTech bezkonkurencyjne ceny w zakresie zagospodarowania odpadów nie mając wiedzy o warunkach takiej współpracy i czy faktycznie ma ona miejsce (wykonawca nie załączył do wyjaśnień kopii umowy, faktur). Wykonawcy w poszczególnych pozycjach formularza ofertowego - w cenach jednostkowych powinni uwzględnić wszystkie koszty związane z realizacją wycenianej części zamówienia (odbioru odpadów o danym kodzie).

Zdaniem Izby, zakwestionowane usługi, choć być może nie będą wykonywane z dużą częstotliwością, nie mogą zostać uznane jako nieistotne z punktu widzenia przedmiotu zamówienia. Stanowią zasadniczy element przedmiotu zamówienia, obejmują bowiem ponad połowę kodów odbieranych odpadów. Podlegały one odrębnej wycenie w formularzu oferty. O istotności danej usługi nie może świadczyć wyłącznie częstotliwość jej wykonywania, ale całokształt postanowień zawartych w SWZ, w tym w projektowanych postanowieniach umownych. Przyjęcie nieistotności wyłącznie przez pryzmat subiektywnej wyceny dokonanej przez wykonawcę EcoTech, bez należytego badania podstaw takiej wyceny, w sytuacji zasadniczego zaniżenia kosztów ich realizacji, jest zdaniem Izby nieprawidłowe. To czy we wcześniejszych latach odpady o spornych kodach były odbierane czy nie, nie daje prawa wykonawcy do wyceny tych pozycji za bardzo małą kwotę. Wykonawca powinien konkretnie odpowiedzieć, dlaczego cena jednostkowa jest tak różna od ofert innych wykonawców.

Zdaniem Izby treść wyjaśnień złożonych przez EcoTech na wezwania Zamawiającego w zakresie wyliczenia istotnych części składowych ceny wskazuje, że wykonawca ten nie podolał ciążącemu na nim obowiązkowi wykazania, że będzie w stanie zrealizować zamówienie w części dotyczącej kodów odpadów wskazanych w wezwaniach za zaoferowane ceny jednostkowe. Jak słusznie zauważył podczas rozprawy Przystępujący zgodnie z art. 537 pkt 1 i 2 ustawy Pzp:

„Ciężar dowodu, że oferta nie zawiera rażąco niskiej ceny, spoczywa na:

- 1) wykonawcy, który ją złożył, jeżeli jest stroną albo uczestnikiem postępowania odwoławczego;
- 2) zamawiającym, jeżeli wykonawca, który złożył ofertę, nie jest uczestnikiem postępowania odwoławczego.”

W niniejszym postępowaniu przedmiotowy ciężar dowodu spoczywał na Zamawiającym w związku z tym, że EcoTech nie przystąpił do postępowania odwoławczego.

Zamawiający zarówno w stanowisku pisemnym, jak i podczas rozprawy w zasadzie nie odniósł się do poszczególnych kwestii i dowodów przedłożonych przez Odwołującego. Bezkrzytycznie przyjął wyjaśnienia złożone przez EcoTech, pomimo iż drugie wyjaśnienia były bardzo lakoniczne. Zamawiający przyznał, że części składowe ceny w spornych pozycjach dotyczą odpadów o kodach, które w zasadzie nie były odbierane w ogóle, za wyjątkiem kodu 20 01 111 stanowiących tekstylia, gdzie obowiązek odbioru tych powstał z dniem 1 stycznia 2025 r., a zatem trudno określić jakiego rzędu będzie rzeczywiste zapotrzebowanie. Zamawiający wskazał, że Odwołujący, który realizował na rzecz Zamawiającego tożsamy przedmiot zamówienia doskonale zdaje sobie z tego sprawę. Izba wskazuje, że wiedza Odwołującego nie powoduje, że ceny jednostkowe zaoferowane przez wykonawcę EcoTech należy przyjąć bezkrzytycznie. Wykonawców obowiązywała treść postanowień dokumentacji postępowania zgodnie z którymi mieli oni obowiązek wycenić każdą z pozycji wskazanych w formularzu ofertowym. Skoro Zamawiający uwzględnił odbiór odpadów o wskazanych kodach i oczekiwał ich należytej wyceny, to powinny być one wycenione zgodnie z wymaganiem Zamawiającego. Zgodnie z OPZ stanowiącym załącznik nr 1.1 do SWZ „Wykonawca w ramach zawartej umowy wykona kompleksową obsługę w zakresie odbioru i zagospodarowania odpadów komunalnych.” W ocenie Izby wykonawca EcoTech nie wyjaśnił Zamawiającemu, że wycena prac w spornych pozycjach została dokonana należycie. Drugie wyjaśnienia zawierały jedynie odesłanie do pierwszych, w których znalazło się jedynie gołostowne zapewnienie w zakresie 15 pozycji, które obejmowało drugie wezwanie, że ceny są dla tego wykonawcy satysfakcjonujące, nie narażają jego przedsiębiorstwa na straty oraz powołanie się na współpracę ze SPALMED i New Energy Cieszyn Sp. z o.o. z siedzibą w Dębowcu. Wykonawca EcoTech wyjaśnień nie poparł żadnym dowodem, czy kalkulacją. Zgodnie z art. 224 ust. 6 ustawy 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. Przepis ten znajduje zastosowanie w przedmiotowej sprawie w związku z tym, że Zamawiający przeprowadził w oparciu o art. 224 ust. 1 ustawy Pzp postępowanie wyjaśniające. Nie można zgodzić się z argumentacją wykonawcy EcoTech zawartą w wyjaśnieniach, że kwestionowanie wyłącznie cen jednostkowych składających się na cenę ofertową nie może wskazywać na rażąco niską cenę ofertową. Należy przez to rozumieć, że wyłącznie porównanie całkowitych cen ofert pozwalałoby na zastosowanie art. 224 ust. 6 ustawy Pzp. Izba podziela stanowisko wyrażone w wyroku KIO z dnia 13 grudnia 2023 r. (sygn. akt KIO 3520/23). Takie rozumienie ust. 6 art. 224 ustawy Pzp czyniłoby iluzorycznym postępowanie wyjaśniające w zakresie istotnych części składowych ceny, o którym mowa w art. 224 ust. 1 ustawy Pzp – nie byłoby żadnego skutku ustalenia nierzetelnej wyceny istotnych części składowych ceny. W ocenie Izby wykonawca EcoTech nie udzielił w wyznaczonym terminie konkretnych wyjaśnień, które potwierdzałyby, że ceny spornych pozycji odzwierciedlają rzeczywistą cenę odbioru i zagospodarowania odpadów w ramach tych pozycji. Z uwagi na to, oferta tego wykonawcy powinna zostać w zakresie części I postępowania przez Zamawiającego odrzucona. Z uwagi na zasadność zarzutów nr 1 i 2 również zarzut wynikowy nr 3 dotyczący wyboru oferty wykonawcy EcoTech jako najkorzystniejszej i naruszenia zasady równego traktowania wykonawców i zachowania uczciwej konkurencji oraz proporcjonalności i przejrzystości okazał się zasadny.

O kosztach postępowania odwoławczego orzeczono na podstawie art. 574 i 575 ustawy Prawo zamówień publicznych oraz § 5 pkt 1 w zw. z § 5 pkt 2 lit. b) w zw. z § 7 ust. 1 pkt 1 rozporządzenia Prezesa Rady Ministrów z dnia 30 grudnia 2020 r. w sprawie szczegółowych rodzajów kosztów postępowania odwoławczego, ich rozliczania oraz wysokości i sposobu pobierania wpisu od odwołania (Dz. U. 2020 r. poz. 2437), obciążając kosztami postępowania Zamawiającego.

Przewodnicząca: