

WYROK
z dnia 20 października 2023 r.

Krajowa Izba Odwoławcza - w składzie:

Przewodnicząca: Małgorzata Jodłowska

Protokolantka: Aldona Karpińska

po rozpoznaniu na rozprawie dnia 18 października 2023 r. w Warszawie odwołania wniesionego do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej 05 października 2023 r. przez wykonawców wspólnie ubiegających się o udzielenie zamówienia **S. W., E. G. działającymi w ramach spółki cywilnej pod nazwą EKO-PLUS ZAKŁAD USŁUGOWO-HANDLOWY S.C. S. E. G.** w postępowaniu prowadzonym przez zamawiającego **Gminę Bestwiną** **przy udziale** wykonawców wspólnie ubiegających się o udzielenie zamówienia **M. K. prowadzącego działalność pod firmą PHU OPERATUS M. K., OPERATUS Sp z o.o. Sp. k. z siedzibą w Jaworze** głaszających przystąpienie do postępowania odwoławczego po stronie Zamawiającego

orzeka:

1. Uwzględnić odwołanie oraz nakazuje Zamawiającemu unieważnienie czynności wyboru najkorzystniejszej oferty, powtórzenie czynności badania i oceny ofert, a w jej ramach wezwanie wykonawców wspólnie ubiegających się o udzielenie zamówienia **M.K. prowadzącego działalność pod firmą PHU OPERATUS M. K., OPERATUS Sp o.o. Sp. k. z siedzibą w Jaworze** do złożenia wyjaśnień i przedstawienia dowodów dotyczących wyliczenia ceny, w szczególności w zakresie ceny za odbiór i zagospodarowanie 1 Mg odpadów komunalnych
 2. Kosztami postępowania odwoławczego obciąża zamawiającego Gminę Bestwiną i:
 - 2.1. zalicza w poczet kosztów postępowania odwoławczego kwotę **15 000 zł 00 gr** (słownie: piętnaście tysięcy złotych zero groszy) uiszczoną tytułem wpisu od odwołania
 - 2.2. zasądza od Zamawiającego na rzecz Odwołującego kwotę **18 600 zł 00 gr** (słownie: osiemnaście tysięcy sześćset złotych zero groszy) stanowiącą koszty poniesione przez Odwołującego tytułem uiszczonego wpisu od odwołania oraz 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 (t.j. 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.

UZASADNIENIE:

Gmina Bestwiną (dalej: „Zamawiający”) prowadzi w trybie przetargu nieograniczonego postępowanie o udzielenie zamówienia publicznego pn: „Odbiór, transport i zagospodarowanie odpadów komunalnych od właścicieli oraz PSZOK na terenie gminy Bestwiną w roku 2024”, nr referencyjny: ZFiŚ.271.10.2023.

Przedmiotowe postępowanie o udzielenie zamówienia publicznego jest prowadzone na podstawie ustawy z dnia 11 września 2019 r. Prawo zamówień (t.j. Dz. U. z 2022 r., poz. 1710 ze zm.), dalej: „ustawa Pzp”.

Szacunkowa wartość zamówienia przekracza progi unijne określone w przepisach wykonawczych wydanych na podstawie art. 3 ustawy Pzp.

Ogłoszenie o zamówieniu zostało opublikowane w Dzienniku Urzędowym Unii Europejskiej 28 lipca 2023 pod numerem: 2023/S 144-461799.

W postępowaniu tym wykonawcy wspólnie ubiegający się o udzielenie zamówienia S. W., E. G. działającymi w ramach spółki cywilnej pod nazwą EKO-PLUS ZAKŁAD USŁUGOWO-HANDLOWY S.C. S. W., E. G. (dalej: „Odwołujący”) 05 października 2023 wnieśli odwołanie do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej wobec czynności Zamawiającego podjętych w postępowaniu dla części 1 oraz części 2, polegających na:

- wyborze jako najkorzystniejszej w Postępowaniu oferty złożonej przez wykonawcę PHU OPERATUS M. K., ul. Cyniarska 38, 43-300 Bielsko-Biała (Lider Konsorcjum) OPERATUS Spółka z ograniczoną odpowiedzialnością Spółka komandytowa, ul. Cieszyńska 291, 43-384 Jaworze (Partner Konsorcjum), dalej jako: „wykonawca OPERATUS”, „konsorcjum OPERATUS”;
- zaniechaniu wezwania wykonawcy OPERATUS do wyjaśnień w zakresie ceny złożonej oferty, a w szczególności w zakresie istotnej części ceny składowej oferty, tj. ceny za odbiór i zagospodarowanie 1 [Mg] odpadów komunalnych;
- nieprawidłowym dokonaniu wyboru oferty wykonawcy OPERATUS w Postępowaniu

Odwołujący zarzucił Zamawiającemu naruszenie:

1. art. 239 ustawy Pzp w zw. z 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 wadliwy wybór oferty najkorzystniejszej w Postępowaniu, w sytuacji, gdy wykonawca

OPERATUS powinien zostać wezwany do złożenia wyjaśnień dotyczących ceny swojej oferty z uwagi na fakt, że cena istotnej części składowej ceny oferty wykonawcy OPERATUS tj. ceny za odbiór i zagospodarowanie 1 [Mg] odpadów komunalnych jest nierealnie niska i po stronie Zamawiającego powinna wzbudzić poważne wątpliwości. Powyższe stanowi o jednoczesnym dokonaniu przez Zamawiającego wyboru oferty najkorzystniejszej w sposób naruszający uczciwą konkurencję i równe traktowanie wykonawców. Innymi słowy Zamawiający zaniechał wezwania do złożenia wyjaśnień ceny oferty wykonawcy OPERATUS i w konsekwencji przedwcześnie dokonał wyboru oferty OPERATUS jako najkorzystniejszej

Odwołujący wniósł o:

1. unieważnienie czynności wyboru oferty najkorzystniejszej;
2. wezwanie do wyjaśnień w zakresie ceny oferty wykonawcy OPERATUS, w szczególności w zakresie ceny za odbiór i zagospodarowanie 1 [Mg] odpadów komunalnych;
3. dokonanie wyboru oferty najkorzystniejszej dopiero po ustaleniu czy wykonawca OPERATUS złoży wyjaśnienia, a jeżeli złoży to po ustaleniu czy z ich treści wynika uzasadnienie dla tak niskiej ceny oferty

W uzasadnieniu powyższych zarzutów i żądań Odwołujący wskazał:

Zamawiający prowadzi Postępowanie o udzielenie zamówienia publicznego, którego przedmiotem jest „Odbiór, transport i zagospodarowanie odpadów komunalnych od właścicieli nieruchomości oraz z PSZOK na terenie gminy Bestwina w roku 2024”. Przedmiot zamówienia został podzielony na następujące części: a) Część 1 zamówienia: odbiór, transport i zagospodarowanie odpadów komunalnych od właścicieli nieruchomości położonych na terenie gminy Bestwina, b) Część 2 zamówienia: odbiór, transport i zagospodarowanie odpadów komunalnych z PSZOK w Kaniowie.

2. W Postępowaniu zostały złożone oferty zgodnie z poniższym zestawieniem

a) Część 1

- 1) PHU OPERATUS M. K., ul. Cyniarska 38, 43-300 Bielsko-Biała (Lider Konsorcjum) OPERATUS Spółka ograniczoną odpowiedzialnością Spółka Komandytowa ul. Cieszyńska 291, 43-384 Jaworze (Partner Konsorcjum)
1 663 812,00 zł (cena jednostkowa brutto za 1Mg odpadów komunalnych: 924,34 zł)
- 2) „EKO-PLUS” ZAKŁAD USŁUGOWO – HANDLOWY SPÓŁKA CYWILNA S. W., Edward Grygierczyk 4
Czechowice - Dziedzice, ul. Ślepa 10
1 764 000,00 zł (cena jednostkowa brutto za 1Mg odpadów komunalnych: 980,00 zł)

b) Część 2

- 1) PHU OPERATUS M. K., ul. Cyniarska 38, 43-300 Bielsko-Biała (Lider Konsorcjum) OPERATUS Spółka ograniczoną odpowiedzialnością Spółka Komandytowa ul. Cieszyńska 291, 43-384 Jaworze (Partner Konsorcjum)
569 586,00 zł (cena jednostkowa brutto za 1Mg odpadów komunalnych: 949,31 zł)
- 2) „EKO-PLUS” ZAKŁAD USŁUGOWO – HANDLOWY SPÓŁKA CYWILNA Sylwia Wala, Edward Grygierczyk 4
Czechowice - Dziedzice, ul. Ślepa 10
630 000,00 zł (cena jednostkowa brutto za 1Mg odpadów komunalnych: 1 050,00 zł)

Zamawiający w dniu 25.09.2023 r. dokonał wyboru, jako oferty najkorzystniejszej w Postępowaniu, oferty wykonawcy OPERATUS z naruszeniem przepisów ustawy pzp. W świetle powyższego wniesienie niniejszego odwołania jest konieczne i w pełni uzasadnione.

W dniu 4.10.2023 r. Odwołujący zwrócił się z wnioskiem do Zamawiającego o unieważnienie czynności wyboru wskazując na okoliczności decydujące o tym, że cena jednostkowa zaoferowana przez wykonawcę OPERATUS budzi wątpliwości w kontekście jej realności i najpewniej jest ceną rażąco niską. Zamawiający odmówił unieważnienia czynności wyboru – swoje stanowisko przedstawiając w treści pisma z dnia 5.10.2023 r.

W dalszej części uzasadnienia Odwołujący przywołał treść art. 224 ust. 1 ustawy Pzp. W ocenie Odwołującego, Zamawiający dokonał wyboru oferty najkorzystniejszej w Postępowaniu bez uprzedniego zweryfikowania czy cena oferty Wykonawcy OPERATUS nie jest rażąco niska, pomimo, że cena jednostkowa zaoferowana przez Wykonawcę OPERATUS:

- 1) Pomimo braku wyjątkowo sprzyjających okoliczności po stronie tego Wykonawcy, mających wpływ na możliwość obniżenia kosztów wykonania umowy jest niższa niż najniższa stawka w ubiegłorocznym przetargu. Faktem notoryjnym jest powszechnie panujący wzrost cen, który przekłada się na wzrost kosztów realizacji przedmiotu umowy w tym Postępowaniu, w stosunku do postępowania sprzed roku, obejmującego ten sam zakres zamówienia.
- 2) Pomimo, że wykonawca OPERATUS we wszystkich postępowaniach przetargowych, w których składa ofertę w zakresie tożsamego przedmiotu postępowania jak w tym Postępowaniu oferuje cenę jednostkową za 1Mg odpadów komunalnych na poziomie powyżej 1100 zł.

Tymczasem, zestawiając ceny, za jakie aktualnie realizowana jest umowa (ustalona wg kosztów występujących w grudniu 2022 r.) z cenami zaoferowanymi w dniu 25.09.2023 r. przez Konsorcjum OPERATUS, naturalnym, logicznym i ewidentnie samoistnie nasuwającym się wnioskiem jest konieczność pojawienia się wątpliwości po stronie Zamawiającego co do rzetelności i prawidłowości ustalenia ceny jednostkowej za odbiór i zagospodarowanie 1Mg odpadów komunalnych przez Wykonawcę OPERATUS

Cena jednostkowe za odbiór i zagospodarowanie 1 [Mg] odpadów komunalnych w tej konkretnej sprawie jest istotną częścią składową ceny oferty.

Zamawiający przyjął kosztorysową formę wynagrodzenia, co w ocenie Odwołującego powoduje, że każda z cen jednostkowych stanowi w ofercie odrębną cenę za poszczególny element świadczenia, rozliczenie bowiem odbywa się za faktycznie odebrane odpady danego rodzaju. Cena jednostkowa zatem musi obejmować koszt odebrania odpadów od mieszkańca, przetransportowania ich do wskazanej instalacji i zagospodarowania w tej instalacji.

Kolejnym czynnikiem, wpływającym na wysokość ceny jednostkowej, jest odległość miejsca odbioru odpadów od instalacji do jakiej odpady ostatecznie trafiają, co powoduje, że nie jest możliwe, aby wykonawca rzetelnie kalkulujący koszty odbioru i zagospodarowania odpadów selektywnie zbieranych mógł ustalić stawki za odbiór na tak niskim poziomie jak uczynił to OPERATUS. W tym miejscu wskazać należy, że wykonawca ten aby przewieźć odebrane odpady do instalacji ponieść musi konkretne koszty związane z kosztami paliwa, dłuższego czasu pracy ludzi i maszyn.

Odwołujący wskazuje, że Zamawiający zaniechał wezwania wykonawcy do złożenia wyjaśnień co do kalkulacji elementów oferty mających wpływ na wysokość ceny. Przyjęta przez Zamawiającego forma rozliczenia powoduje, że wynagrodzenie ma charakter kosztorysowy, zatem jako ceny należy traktować stawki jednostkowe za odbiór i zagospodarowanie odpadów. W tym przypadku każda ze wskazanych cen powinna zostać uznana za istotną, gdyż została przez Zamawiającego wyodrębniona. Odwołujący ma świadomość, że co do zasady ocenia się całościową cenę oferty, jednakże ceny jednostkowe mogą być badane w zakresie rażąco niskiej ceny - w sytuacji kiedy mogą zaważyć na należytym wykonaniu przyszłej umowy. Regulację dotyczące rażąco niskiej ceny mają na celu zabezpieczenie Zamawiającego przed koniecznością zawierania umowy z wykonawcą oferującym cenę na tyle niską, iż wątpliwym wydaje się, że wykonawca ten wykona umowę, albo czy wykona ją należyście. Nie jest przy tym wykluczona możliwość popełniania przez wykonawcę czynu nieuczciwej konkurencji w zakresie cen składowych i ich wzajemnej relacji.

W ocenie odwołującego z powodu rozbieżności w cenach jednostkowych oferowanych przez wykonawców, którzy złożyli oferty w przetargu oraz mając na uwadze fakt, że zamawiający powinien zastosować art. 224 ust. 1 ustawy pzp i wezwać wykonawcę OPERATUS do złożenia wyjaśnień ceny za odbiór i zagospodarowanie 1 Mg odpadów komunalnych.

Odwołujący wskazuje, że cena zaoferowana przez wykonawcę OPERATUS jest ceną rażąco niską jednak z uwagi, że przed zastosowaniem art. 226 ust. 1 pkt 8 ustawy pzp konieczne jest zastosowanie procedury wyjaśnień, zarzut odrzucenia oferty byłby przedwczesny. Na tym etapie wystąpiło zaniechanie wezwania do złożenia wyjaśnień na podstawie art. 224 ust. 1 ustawy pzp.

Zdaniem Odwołującego Zamawiający winien wdrożyć procedurę weryfikacji prawidłowości sposobu kalkulacji ceny oferty wykonawcy OPERATUS, zgodnie z przedmiotową normą, gdyż istotne części składowe ceny w postaci stawek za odbiór i zagospodarowanie 1 Mg odpadów, a w konsekwencji łączna cena oferty (w postaci iloczynu tychże stawek i szacowanej ilości odpadów), budzą wątpliwości co do możliwości wykonania przedmiotu zamówienia zgodnie z wymaganiami określonymi przez zamawiającego, a także wydają się rażąco niskie w stosunku do przedmiotu zamówienia.

Ustawa pzp i wiążące ustawodawstwo Unii Europejskiej nie zawierają definicji legalnej rażąco niskiej ceny, czy procentowego poziomu, na podstawie którego można byłoby automatycznie stwierdzić, kiedy mamy do czynienia z zaoferowaniem ceny rażąco niskiej. Zatem w każdym przypadku przeprowadzania procedury udzielenia zamówienia publicznego, jeżeli jest ku temu podstawa, kwestię tę należy badać ad casum. Weryfikacja czy cena wykonawcy została skalkulowana rzetelnie, czy posiada charakter ekwiwalentny, powinna nastąpić poprzez pryzmat warunków przedmiotu zamówienia, sposobu jego realizacji, wartości zamówienia oraz uwarunkowań danego rynku, z uwzględnieniem cen konkurencji. Innymi słowy, ustalenie czy cena ma charakter ceny rażąco niskiej będzie każdorazowo wymagało dokonania konkretyzacji na tle okoliczności stanu faktycznego właściwego dla danego postępowania. Skoro zatem określenie ceny oferty, jako mogącej nosić charakter ceny rażąco niskiej, jest dokonywane w szeroko pojętych realiach danej sprawy, to również weryfikacja czy Zamawiający był zobowiązany do przeprowadzenia procedury wyjaśniającej sposób kalkulacji ceny - wskazanej w art. 224 ust. 1 ustawy pzp, w tym badanie czy zaistniała przesłanka obligująca Zamawiającego do rozpoczęcia procedury wezwania wykonawcy do złożenia wyjaśnień w jaki sposób i na jakiej podstawie wyliczono cenę oferty - także jest dokonywana w okolicznościach faktycznych konkretnego zamówienia, przy uwzględnieniu jego indywidualnych cech w korelacji z uwarunkowaniami właściwymi dla danego rynku. I pomimo, że w omawianej normie ustawodawca zawarł normę określającą fakultatywne wezwanie do złożenia wyjaśnień, w

przeciwieństwie do art. 224 ust. 2 ustawy pzp, to w przypadku zajścia okoliczności, o których mowa w hipotezie przepisu - zaistnienie okoliczności powodujących, że cena lub jej istotna część składowa wydaje się rażąco niska i wzbudza wątpliwość, czy możliwym będzie wykonanie przedmiotu zamówienia zgodnie z dokumentacją postępowania i przepisami prawa - przeradza się to w obowiązek Zamawiającego, którego zaniechanie może spowodować negatywne dla niego skutki. Nie można jedynie skupiać się na procentowej różnicy wartości zamówienia i ceny całkowitej z oferty wykonawcy OPERATUS, wątpliwości co do prawidłowości kalkulacji ceny ofertowej, zgodnie z hipotezą art. 224 ust. 1 ustawy pzp, nie zostały zawężone przez ustawodawcę wyłącznie do procentowych różnic poszczególnych wartości. Katalog przesłanek zastosowania trybu omawianej normy jest katalogiem otwartym - dostosowanym do szerokiego spektrum sytuacji, jakie mogą zaistnieć na rynku zamówień publicznych. Odwołujący przywołał też wyrok Krajowej Izby Odwoławczej z 27 stycznia 2020 w sprawie o sygn. akt KIO 51/20.

Zamawiający, aby poprawnie zastosować normę art. 224 ust. 1 ustawy pzp, musi poddać zaistniały w sprawie stan faktyczny krytycznej analizie, pod kątem prawidłowości i rynkowego charakteru zaoferowanej ceny, przy uwzględnieniu weryfikacji wartości istotnych części składowych ceny. Ustalając zatem wzorzec prawidłowego postępowania Zamawiającego, Odwołujący za orzecznictwem KIO podaje, że należycie działający Zamawiający w tym stanie rzeczy powziąłby takie wątpliwości - co do możliwości wykonania przedmiotu zamówienia zgodnie z wymaganiami dokumentacji postępowania i przepisami prawa. Zatem po stronie Zamawiającego powinny być powstać wątpliwości i Zamawiający powinien zbadać ofertę wykonawcy OPERATUS w trybie art. 224 ust. 1 ustawy pzp. Zamawiający, poprzez zaniechanie wezwania wykonawcy OPERATUS do złożenia wyjaśnień sposobu kalkulacji ceny, dokonał przedwczesnego wyboru oferty tego wykonawcy, jako oferty najkorzystniejszej.

Działanie Zamawiającego nie może ograniczać się do procentowego porównania zaoferowanej przez wykonawcę OPERATUS ceny do wartości szacunkowej i ceny Odwołującego. Odwołujący podnosi wadę oferty wykonawcy OPERATUS w postaci budzących wątpliwości jednakowych cen jednostkowych, które wykonawca skalkulował na nierealnie niskim poziomie za 1 Mg dla odpadów zbieranych selektywnie - pomimo konieczności zagospodarowania odpadów w różnych instalacjach, przyjmujących poszczególne frakcje odpadów, a co za tym idzie różniących się kosztami zagospodarowania i transportu poszczególnych frakcji odpadów, innymi cenami na instalacjach itp. W szczególności, że formą rozliczenia z wykonawcą jest wynagrodzenie kosztorysowe za faktycznie zagospodarowanie odpadów, kiedy stawki wykonawcy OPERATUS mogą pomijać treść dokumentacji postępowania i wskazywać wadę oferty w postaci niezastosowania ustalonego przez Zamawiającego sposobu obliczenia ceny czy braku uwzględnienia przyjętej formy wynagrodzenia, a zatem z pominięciem narzuconego przez Zamawiającego sposobu realizacji zamówienia.

Zamawiający dysponował ceną globalną za wykonanie zamówienia, obliczoną jako iloczyn szacowanej ilości odpadów (na podstawie danych historycznych) oraz ceną netto za 1 Mg odbioru i zagospodarowania odpadów komunalnych. Zamawiający podzielił wynagrodzenie na ważne dla niego elementy, które stanowią istotne części składowe ceny, o których mowa w art. 224 ust. 1 ustawy pzp. Bezpośrednio potwierdza to treść wzoru umowy, gdzie Zamawiający ustalił formę rozliczenia z wykonawcami w postaci wynagrodzenia kosztorysowego - iloczyn ilości faktycznie odebranych i zagospodarowanych odpadów oraz stawki jednostkowej za odbiór i zagospodarowanie 1 Mg odpadów komunalnych. Ustalony sposób rozliczenia wynagrodzenia znajduje odzwierciedlenie w SWZ, dotyczącym sposobu obliczenia ceny oferty - w cenie 1 Mg muszą być wliczone wszystkie składniki cenotwórcze.

Mając powyższe na uwadze cena jednostkowa zawarta w formularzu ofertowym, jest ceną odrębną i samodzielną i jako taka podlega badaniu. Zamawiający przewidział rozliczenie miesięczne za faktycznie zagospodarowane odpady, w oparciu o ceny jednostkowe z formularza cenowego, płacone według wykonanej usługi - ilości odebranych i zagospodarowanych Odpadów komunalnych. Zatem w ocenie Odwołującego w cenie wykonawcy powinni zawrzeć wszystkie koszty związane z odbiorem i zagospodarowaniem odpadów komunalnych i nie ma możliwości "przerzucania" danego kosztu pomiędzy usługami realizowanymi na terenie sąsiednich gmin, bowiem są to samodzielne ceny, w oparciu o które będzie rozliczane wynagrodzenie wykonawcy za realizację zamówienia.

Ceny utylizacji odpadów za poszczególne frakcje nie są jednakowe. Wysokość ceny za zagospodarowanie danego odpadu uzależniona jest od rodzaju odpadu (kodu odpadu). Instalacje odbioru odpadów tworzą cenniki, które są oparte o poszczególne kody odpadów. Ceny te wzrosły w ciągu ostatniego roku - a koszt zagospodarowania odpadów jest czynnikiem mającym istotne znaczenie dla prawidłowego oszacowania ceny jednostkowej. Przy istnieniu tak wysokich kosztów transportu odpadów jakie z racji odległości, które wykonawca OPERATUS musi pokonać, koszt zagospodarowania odpadów w podanych przez niego instalacjach powoduje, że tym bardziej zaoferowane stawki w zadaniu 1 i zadaniu 2 są nierealne.

Kolejnym czynnikiem przemawiającym za koniecznością wdrożenia procedury w trybie art. 224 ust.1 ustawy pzp są założenia przyjęte do oszacowania wartości zamówienia przez zamawiającego w zestawieniu z ceną zaoferowaną przez Wykonawcę OPERATUS, z których wynika że cena oferty wykonawcy OPERATUS jest znacznie niższa niż kwota

jaką Zamawiający zabezpieczył na sfinansowanie zadania 1 i zadania 2. (...)

Zamawiający z uwagi na fakt, że Wykonawca OPERATUS nie jest wykonawcą lokalnym musi także wziąć pod uwagę, że koszty realizacji usługi związane z kosztem paliwa i transportu generowane wg chociażby wskazanych w ofercie Wykonawcy OPERATUS instalacji, siłą rzeczy - obiektywnie, muszą być znacznie wyższe niż te same koszty dotyczące lokalnego Wykonawcy jakim jest EKO-PLUS” ZAKŁAD USŁUGOWO – HANDLOWY SPÓŁKA CYWILNA W., E. G., który pomimo posiadania wyjątkowo sprzyjających okoliczności do realizacji przedmiotu umowy z uwagi na konieczność pokrycia kosztów prawidłowego wykonania usługi i wygenerowania zysku zaoferował realizację usługi dla zadania 1 i 2 za cenę jednostkową w wysokości odpowiednio 980 zł za odbiór i zagospodarowanie 1Mg odpadów komunalnych i 1050 zł za odbiór i zagospodarowanie 1Mg odpadów komunalnych z PSZOK. Zestawienie tych informacji musi po stronie Zamawiającego spowodować wątpliwość w postaci: jak możliwe jest zaoferowanie tak niskiej stawki przez Wykonawcę OPERATUS?, a wystąpienie tej wątpliwości automatycznie powoduje konieczność zastosowania art. 224 ust. 1 ustawy pzp – czyli wezwania KONSORCJUM OPERATUS do wyjaśnienia czy wszystkie składniki cenotwórcze zawarte są w zaoferowanej cenie jednostkowej. (...)

Odwolujący podkreślił, że w ubiegłym roku Wykonawca zaoferował stawkę jednostkową w wysokości 1156,84 zł za 1 Mg wykonania tego samego przedmiotu umowy i pomimo wzrostu kosztów w tym roku zaoferował stawkę 924,40 zł za 1 Mg dla części 1. 27. (...)

W złożonej pismem z 17 października 2023 r. odpowiedzi na odwołanie, Zamawiający nie uwzględnił zarzutów odwołania i wniósł o oddalenie odwołania w całości.

W uzasadnieniu Zamawiający wskazał m.in.:

Podstawą prawną sporu, jaki podlegać będzie rozstrzygnięciu w niniejszym postępowaniu przed KIO jest art. 224 ustawy pzp. Wskazana norma prawna dotyczy wyjaśnień rażąco niskiej ceny lub kosztu. W ocenie zamawiającego rozważając brzmienie ust 1 i ust 2 pkt 1 cytowanej normy, zamawiający działał zgodnie z prawem, a zarzuty odwołania, mające ostatecznie prowadzić do unieważnienia wyboru najkorzystniejszej oferty i wymuszenia na zamawiającym czynności wezwania drugiego wykonawcy do złożenia wyjaśnień w przedmiocie rażąco niskiej ceny, są nieuprawnione i stanowią nadinterpretację wskazanych przepisów.

Jak wynika z orzecznictwa Krajowej Izby Odwoławczej, podając dla przykładu: wyrok KIO z dnia 6 lipca 2022r. KIO 1570/22, wyrok KIO z dnia 5 stycznia 2002r. KIO 3703/21, wyrok KIO z dnia 8 maja 2018r. KIO 769/18, wyrok KIO z dnia 10 maja 2016r. KIO 616/16, celem omawianej regulacji prawnej jest wyeliminowanie z realizacji zamówienia tych wykonawców, którzy oferują ceny nierealistyczne i niewiarygodne, za które nie będą w stanie zrealizować zamówienia. Cena rażąco niska oznaczałaby w praktyce zamiar realizacji zamówienia przez wykonawcę poniżej jego kosztów własnych, nie pozwalających na wygenerowanie przez niego zysku.

Zamawiający przywołał treść art. 224 ust. 1 ustawy Pzp. Wskazał, że ustawodawca posługuje się niedookreślonym zwrotem – *wydają się, budzą wątpliwości*. Pozostawia to zamawiającemu bardzo duży margines interpretacyjny w odniesieniu do jego subiektywnego spojrzenia. W literaturze przedmiotu, np. w komentarzu do ustawy autorstwa Jaworskiej z 2022r. czytamy, że dokonując analizy złożonych ofert, w kontekście art. 224 ust 1 pzp zamawiający na wstępie weryfikuje czy oferta zawiera oznaki mogące budzić podejrzenie, że jest rażąco niska. Nie jest więc to szczegółowa analiza badanej oferty, lecz powierzchowne rozeznanie, w świetle okoliczności danego, konkretnego przypadku. Wrażenie zamawiającego wynika przede wszystkim z jego dotychczasowego doświadczenia w udzielaniu zamówień publicznych, a zwłaszcza zamówień tego typu. Dodatkowo zamawiający dokonuje porównań z innymi złożonymi w postępowaniu ofertami. Dysponując wiedzą o wartości szacunkowej zamówienia odnosi się do także do cen rynkowych.

W okolicznościach tej konkretnej sprawy zamawiający nie miał wrażenia, że złożone przez obu oferentów ceny są rażąco niskie.

Zamawiający ma obecnie okazję współpracować z odwołującym się w tym postępowaniu (firmą EKO-PLUS), jak i przystępującym do niego po stronie zamawiającego (Konsorcjum OPERATUS). Oba podmioty, co do zasady, rzetelnie i zadawalająco wywiązują się z realizacji umów. Ocena wartości rynkowej oferowanych tutaj usług jest bardzo utrudniona, gdyż w okolicznych jednostkach samorządu terytorialnego od lat usługi, będące przedmiotem postępowania wykonują te same podmioty. To na terenie gminy Bestwina – zamawiającego w niniejszym postępowaniu – sytuacja jest inna, gdyż doszło do swoistej konkurencji między dwoma przedsiębiorcami, starającymi się o rynek: firmą EKO- PLUS i Konsorcjum OPERATUS. Ta konkurencja jest oczywiście bardzo korzystna z punktu widzenia interesu zamawiającego, stąd dokonując wstępnej analizy ofert, porównując je między sobą, widząc pomiędzy nimi nieznaczne różnice w wysokości proponowanych cen, zamawiający nie powziął żadnych wątpliwości co do rzetelności proponowanych ofert i nie miał wątpliwości, że w cenach oferowanych przez obu wykonawców uczestniczących w postępowaniu realizacja zadania publicznego jest możliwa.

Zamawiający przywołał treść art. 224 ust 2 pkt 1 ustawy Pzp. Zamawiający dokonał niejako

„matematycznej”, weryfikacji ofert nie znajdując żadnych podstaw do wzywania któregokolwiek z wykonawców do złożenia dodatkowych wyjaśnień odnośnie ceny.

Z analizy Zamawiającego wynika, że żadna z cen ofertowych nie jest niższa o co najmniej 30% od wartości zamówienia powiększonej o należny podatek od towarów i usług. Nie jest również niższa o co najmniej 30% od średniej arytmetycznej cen.

Powyższe wyliczenia potwierdziły, że cena zaoferowana przez Wykonawcę OPERATUS jest ceną realną i rynkową. Ponadto cena zaoferowana przez Wykonawcę OPERATUS nie budzi wątpliwości Zamawiającego, o których mowa w art. 224 ust. 1 ustawy Pzp.

Błędne zrozumienie wartości szacunkowej zamówienia

Odwołujący błędnie podaje wartości szacunkowe dla części nr 1 i części nr 2 zamówienia, ponieważ nie są to wartości szacunkowe, ale kwoty jakie Zamawiający zamierza przeznaczyć na sfinansowanie zamówienia. Zamawiający przywołał treść art. 222 ust. 4 ustawy Pzp, wyjaśniając, że jest to kwota wynikająca z „budżetu Zamawiającego”. Kwoty tej nie należy przy tym utożsamiać z ustaloną przed wszczęciem postępowania szacunkową wartością zamówienia. Kwota, którą Zamawiający zamierza przeznaczyć na realizację zamówienia, odpowiada faktycznym możliwościom sfinansowania zamówienia w określonej wysokości. (...) Odwołujący podaje niepoprawne wyliczenia różnicy procentowej „Powyżej 30%” oraz „Powyżej 50%”.

Zarzut odwołania, że cena KONSORCJUM OPERATUS jest niższa niż w ubiegłorocznym przetargu, organizowanym przez Zamawiającego

Odwołujący podnosi, że „*Pomimo braku wyjątkowo sprzyjających okoliczności po stronie tego Wykonawcy, mających wpływ na możliwość obniżenia kosztów wykonania umowy jest niższa niż najtańsza stawka w ubiegłorocznym przetargu*”.

Odwołujący pomija fakt, iż w niniejszym postępowaniu przetargowym sam zaoferował cenę niższą niż najtańsza stawka w ubiegłorocznym przetargu (dotyczy ceny za realizację części nr 2 zamówienia) (...).

Nieznaczną różnicą między cenami ofertowymi wykonawców biorących udział w postępowaniu

Ceny zaoferowane przez wykonawców w niniejszym postępowaniu są na podobnym poziomie, różnią się nieznacznie. Zarówno EKO-PLUS (Odwolujący) jak i OPERATUS (Przystępujący) to Wykonawcy, którzy realizują obecnie, tj. w roku 2023 zadania polegające na odbiorze odpadów od mieszkańców oraz z PSZOK. Poprzednie postępowanie przetargowe, podobnie jak obecne, podzielone było na dwie części – część nr 1 realizuje EKOPLUS, część nr 2 OPERATUS. Obie firmy wykonują swoje zadania bez zastrzeżeń i Zamawiający nie ma wątpliwości co do możliwości wykonywania zamówienia przez tych przedsiębiorców w roku 2024. Biorąc pod uwagę powyższe, Zamawiający nie skorzystał z uprawnienia wynikającego z art. 224 ust. 1 ustawy pzp polegającego na żądaniu od któregokolwiek z wykonawców dodatkowych wyjaśnień.

Odniesienie się do pojęcia tzw. „Wykonawcy lokalnego”

Odwolujący rości sobie prawo do nazywania siebie „wykonawcą lokalnym”, w przeciwieństwie do Wykonawcy OPERATUS, który według niego „nie jest wykonawcą lokalnym”. Wykonawcy ubiegający się o udzielenie zamówienia publicznego w zakresie odbioru i transportu odpadów komunalnych muszą spełniać m.in. wymagania określone w Rozporządzeniu Ministra Środowiska z dnia 11 stycznia 2013 r. w sprawie szczegółowych wymagań w zakresie odbierania odpadów komunalnych od właścicieli nieruchomości (Dz. U. z 2013 r., poz. 122). Jednym z wymogów określonych w tym rozporządzeniu jest posiadanie bazy transportowo-magazynowej w odległości nie większej niż 60km od granicy tej gminy. Zarówno Odwołujący jak i Przystępujący spełniają ten warunek, co zostało potwierdzone w czasie okresowej kontroli przedsiębiorców odbierających odpady w bieżącym roku. Odległość od bazy do granicy gminy Bestwina, którą pokonują samochody EKO-PLUS wynosi ok 3km, w przypadku OPERATUS jest to odległość ok 16km. Żaden z Wykonawców nie jest „wykonawcą lokalnym”, bazy transportowo – magazynowe zlokalizowane są w powiecie bielskim, poza granicami gminy Bestwina.

Należy podkreślić, że Zamawiający przestrzega zasad równego traktowania, która między innymi ogranicza możliwość ustalania warunków udziału w postępowaniu, które preferują lokalnych wykonawców (na wskazanym terenie np. powiatu, gminy).

Wykonawcy wspólnie ubiegający się o udzielenie zamówienia M. K. prowadzący działalność pod firmą PHU OPERATUS M. K., OPERATUS Sp. z o.o. Sp. k. z siedzibą w Jaworznie (dalej: „OPERATUS”, „Uczestnik”) zgłosili przystąpienie do postępowania odwoławczego po stronie Zamawiającego. W piśmie datowanym na 13 października 2023 r. (doręczonym Izbie 16 października 2023 r.) OPERATUS odniósł się do zarzutów odwołania i wniósł o oddalenie odwołania w całości.

Krajowa Izba Odwoławcza po przeprowadzeniu rozprawy z udziałem Stron, uwzględniając dokumentację postępowania o udzielenie zamówienia publicznego, w tym w szczególności treść specyfikacji warunków zamówienia wraz z załącznikami, oferty wykonawców, jak również biorąc pod uwagę oświadczenia i stanowiska

Stron wyrażone w odwołaniu, odpowiedziach na odwołanie, a także wyrażone ustnie na rozprawie i odnotowane w protokole, ustaliła i zważyła, co następuje:

Izba stwierdziła, że nie została wypełniona żadna z przesłanek ustawowych skutkujących odrzuceniem odwołania, wynikających z art. 528 ustawy Pzp.

Przystępując do rozpoznania odwołania, Izba ustaliła wystąpienie przesłanek z art. 505 ust. 1 ustawy Pzp, tj. istnienie po stronie Odwołującego interesu w uzyskaniu zamówienia oraz możliwości poniesienia szkody w wyniku kwestionowanych czynności Zamawiającego.

Mając na względzie art. 535 ustawy Pzp, Izba zaliczyła w poczet materiału dowodowego dowody niestanowiące części dokumentacji postępowania o udzielenie zamówienia publicznego, a mianowicie:

1. kalkulację przedłożoną przez Uczestnika postępowania wraz z odpowiedzią na odwołanie
2. dowody Odwołującego przedłożone na rozprawie

Wykonawcy wspólnie ubiegający się o udzielenie zamówienia M. K. prowadzący działalność pod firmą PHU OPERATUS M. K., OPERATUS Sp. z o.o. Sp. k. z siedzibą w Jawor skutecznie zgłosili swoje przystąpienie do postępowania odwoławczego, stając się Uczestnikami postępowania odwoławczego.

Izba ustaliła, że:

Zamawiający prowadzi w trybie przetargu nieograniczonego postępowanie o udzielenie zamówienia publicznego, którego przedmiotem jest odbiór, transport i zagospodarowanie odpadów komunalnych od właścicieli nieruchomości oraz z PSZOK na terenie gminy Bestwina w roku 2024.

Opisany w treści odwołania oraz w odpowiedziach na odwołanie stan faktyczny sprawy odpowiada rzeczywistości, wobec czego za zbędne należy uznać jego powtarzanie.

Izba oceniła, że materiał dowodowy jest wiarygodny i wszechstronny oraz umożliwiający wydanie rozstrzygnięcia w przedmiotowej sprawie.

Izba zważyła, co następuje:

Izba rozpoznała merytorycznie złożone odwołanie i uznała, że zasługuje na uwzględnienie. O zasadności zarzutu odwołania zdecydowała kalkulacja ceny przedłożona przez Uczestnika postępowania oraz dowody złożone przez Odwołującego na rozprawie, w szczególności cenniki za przyjęcie odpadów do instalacji.

Izba zgadza się z twierdzeniami Uczestnika postępowania wyrażonymi w odpowiedzi na odwołanie, iż odwołanie nie dotyczy zarzutu rażąco niskiej ceny, a co za tym idzie nie ma konieczności przedstawienia szczegółowej kalkulacji ceny. Jednakże, z powodów znanych tylko jemu, taką kalkulację OPERATUS złożył. Skoro zatem dowód taki do Izby wpłynął, to Izba nie mogła zignorować okoliczności w nim wskazanych. Rację ma Odwołujący, że ceny podane w kalkulacji w zestawieniu ich z przedłożonymi przez Odwołującego cennikami budzą wątpliwości co do prawidłowości i realności zaoferowanej ceny i w pełni potwierdzają zasadność zarzutu odwołania.

OPERATUS w kalkulacji ceny wskazał, że koszt odbioru 1 Mg odpadów o kodzie 150101 oraz 150107 wynosi 1 PLN. Nadto, w wyjaśnieniach pod tabelą wskazał, że koszt odbioru 1 Mg odpadów danej frakcji zawiera koszty osobowe i koszty paliwa. Nie wiadomo w jaki sposób koszty te zostały skalkulowane ani też jakie założenia Uczestnik przyjął do kalkulacji. W ocenie Izby taka wartość już na pierwszy rzut oka powinna zrodzić w Zamawiającym wątpliwość co do realności wskazanej w ofercie ceny.

Dalej, w kalkulacji ceny w kol. 4 OPERATUS wskazał „pozostałe koszty okołozakładowe”, na które składają się koszty: administracyjne, magazynowe, zakupu gwarancji ubezpieczeniowej, ewentualne kary z tytułu nieosiągnięcia wymaganych poziomów odzysku w 2024 roku, leasingu, serwisu pojazdów, eksploatacji urządzeń GPS oraz ETOLL, koszty zakupu materiałów. Nie wiadomo jednak w jaki sposób koszty te zostały skalkulowane ani też jakie założenia Uczestnik przyjął do kalkulacji.

W okolicznościach sprawy, w toku badania i oceny ofert faktycznie ceny zaoferowane przez obu wykonawców mogły nie wzbudzić zasadniczych wątpliwości Zamawiającego co do ich realności. Jednakowoż sytuacja zmieniła się w momencie otrzymania od Uczestnika postępowania odpowiedzi na odwołanie wraz z kalkulacją ceny.

Biernie godząc się ze złożoną przez Uczestnika postępowania kalkulacją, Zamawiający nie może liczyć, że Izba pominie ww. dowód jakby nigdy nie istniał. Zgodnie z treścią art. 552 ust. 1 ustawy Pzp Izba wydając wyrok bierze pod uwagę stan rzeczy ustalony na moment zamknięcia postępowania odwoławczego. Co za tym idzie, wydając orzeczenie merytoryczne, skład orzekający bierze pod uwagę stan sprawy istniejący w chwili zamknięcia rozprawy, czyli uwzględnia również zdarzenia zaistniałe w trakcie postępowania już po wniesieniu odwołania. Izba winna zatem wziąć pod uwagę dowody oraz informacje zgromadzone w toku postępowania odwoławczego.

Zamawiający w toku postępowania odwoławczego pozyskał informację podważającą wiarygodność ceny zaoferowanej przez Uczestnika postępowania (nota bene złożoną przez niego samego) i obowiązany był ją przeanalizować.

Biorąc powyższe pod rozważę, w przedmiotowej sprawie zaistniała konieczność skierowania do Uczestnika

postępowania wezwania do złożenia wyjaśnień i przedstawienia dowodów dotyczących wyliczenia ceny.

O kosztach postępowania orzeczono stosownie do wyniku, na podstawie art. 557, 574 i 575 ustawy Pzp oraz w oparciu o przepisy § 7 ust. 1 pkt 1) w zw. z § 5 pkt 1), pkt 2) lit. b) 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). Biorąc powyższe pod uwagę kosztami postępowania Izba obciążyła Zamawiającego. Na koszty postępowania odwoławczego składał się wpis uiszczony przez Odwołującego w wysokości 15 000 PLN oraz koszty poniesione tytułu wynagrodzenia pełnomocnika w kwocie 3 600 PLN, łącznie 18 600 PLN.

Mając powyższe na uwadze, Izba orzekła, jak w sentencji.