Sygn. akt: KIO 1295/23

WYROK
z dnia 23 maja 2023 r.

Krajowa Izba Odwoławcza - w składzie:

Przewodniczący:Anna Kuszel - Kowalczyk
Protokolant: Adam Skowroński

po rozpoznaniu na rozprawie w dniu 22 maja 2023 r. w Warszawie odwołania wniesionego do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej w dniu 8 maja 2023 r. przez Odwołującego wykonawców wspólnie ubiegających się o udzielenie zamówienia **WKW spółka z ograniczoną odpowiedzialnością spółka komandytowa z siedzibą w Irenię** w postępowaniu prowadzonym przez Zamawiającego – **Zakład Zagospodarowania Odpadów Komunalnych w Bełżycach Spółka z ograniczoną odpowiedzialnością z siedzibą w Bełżycach**

przy udziale

Wykonawcy – **TERRA AMICAspółka z ograniczoną odpowiedzialnością spółka komandytowa z siedzibą w Ostrołęce**, zgłaszającego przystąpienie do postępowania odwoławczego po stronie Zamawiającego

orzeka:

1.Umarza postępowanie odwoławcze w zakresie zarzutu wycofanego, opisanego w pkt 2.2 petitum odwołania,
2.Oddala odwołanie.
3.Kosztami postępowania obciąża odwołującego **WKW spółka z ograniczoną odpowiedzialnością spółka komandytowa z siedzibą w Irenie** i
2.1.zalicza w poczet kosztów postępowania odwoławczego kwotę 15 000 zł 00 gr. (słownie: piętnaście tysięcy, zero groszy) uiszczoną przez odwołującego tytułem wpisu od odwołania
2.2.zasądza od odwołującego **WKW spółka z ograniczoną odpowiedzialnością spółka komandytowa z siedzibą w Irenie** na rzecz zamawiającego **Zakład Zagospodarowania Odpadów Komunalnych w Bełżycach Spółka z ograniczoną odpowiedzialnością z siedzibą w Bełżycach**kwotę 3 600 zł 00 gr (słownie: trzy tysiące sześćset złotych zero groszy) stanowiącą uzasadnione koszty postępowania poniesione przez zamawiającego z tytułu wynagrodzenia pełnomocnika.

Stosownie do art. 579 ust. 1 i 580 ust. 1 i 2 ustawy z dnia 11 września 2019 r. - Prawo zamówień publicznych (t.j. Dz. U. z 2022 r. poz. 1710 ze zm.) 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:……

#x200eSygn. akt: KIO 1295/23

U z a s a d n i e n i e

W postępowaniu prowadzonym przez Zamawiającego – Zakład Zagospodarowania Odpadów Komunalnych w Bełżycach Spółka z ograniczoną odpowiedzialnością z siedzibą w Bełżycach, pn. „Zagospodarowanie odpadów o kodach 19 05 03 oraz 19 05 99 powstających na terenie ZZOK w Bełżycach Sp. z o. o.” (ZTU.271.1.2023.ECH), ogłoszonym w Dzienniku Urzędowym Unii Europejskiej pod numerem 2023/S 048-139997 w dniu 8 marca 2023 r. (dalej „Postępowanie”)., wobec czynności dotyczących części III, IV i V zamówienia z 27.04.2023 r. polegających wyborze oferty najkorzystniejszej oraz zaniechanych polegających na zaniechaniu odrzucenia oferty wykonawcy TERRA AMICA Sp. z o.o. Sp.k., wykonawca WKW Sp. z o.o. Sp.k.(Odwołujący) wniósł w dniu 8.05.2023 r. odwołanie do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej (sygn. akt KIO 1295/23).

Odwołujący zarzucił Zamawiającemu naruszenie przepisów prawa:

1)art. 226 ust. 1 pkt 8 w zw. z art. 224 ust. 6 ustawy Prawo zamówień publicznych (dalej PZP lub ustawa Pzp) poprzez zaniechanie odrzucenia oferty Terra Amica ze względu na to, że złożone przez tego Wykonawcę wyjaśnienia w zakresie wyliczenia ceny ofertowej wraz z dowodami nie uzasadniają podanej w ofercie ceny lub kosztu tj. nie wzięcie pod uwagę, że udzielone wyjaśnienia nie są kompletne, rzetelne i wystarczająco konkretne co powinno skutkować odrzuceniem oferty;
2)art. 128 ust. 1 i 4 Pzp w zw. z art. 112 ust. 2 pkt 4 Pzp w zw. z art. 16 pkt 1 Pzp poprzez zaniechanie wezwania Terra Amica do uzupełnienia lub wyjaśnień podmiotowych środków dowodowych potwierdzających spełnianie warunku udziału w Postępowaniu opisanego w rozdziale V pkt. 1 ppkt 4 lit. a) SWZ dla cz. III, IV i V tj. na nieprawidłowym uznaniu, że przedstawione w wykazie usług doświadczenie wraz z referencjami pozwala na wykazanie spełnienia warunku udziału w Postępowaniu dla części III, IV i V, choć prawidłowa ocena wykazanych usług powinna prowadzić do wniosku, że Wykonawca warunku dla wszystkich ww. części nie spełnia co w konsekwencji może prowadzić do odrzucenia oferty Terra Amica na podstawie art. 226 ust. 1 pkt 2 lit. b) i c) Pzp przynajmniej w dwóch z trzech części, w których złożył ofertę.

Odwołujący wniósł o uwzględnienie odwołania i nakazanie Zamawiającemu:

1)merytoryczne rozpatrzenie przez Krajową Izbę Odwoławczą („KIO”) niniejszego odwołania i jego uwzględnienie w całości;
2)dopuszczenie i przeprowadzenie dowodów z dokumentacji Postępowania, a także dowodów opisanych szczegółowo w treści niniejszego odwołania oraz dowodów, które zostaną powołane i przedłożone na rozprawie;
3)nakazanie Zamawiającemu unieważnienia czynności z 27 kwietnia 2023 r. dotyczącej wyboru jako najkorzystniejszej oferty Terra Amica w cz. III, IV i V;
4)nakazanie Zamawiającemu przeprowadzenie ponownego badania i oceny ofert;
5)nakazanie Zamawiającemu:

5.1. odrzucenia oferty Terra Amica ze względu na to, że złożone przez tego Wykonawcę wyjaśnienia w zakresie wyliczenia ceny ofertowej wraz z dowodami nie uzasadniają podanej w ofercie ceny lub kosztu;

5.2. wezwania Terra Amica do uzupełnienia lub wyjaśnień podmiotowych środków dowodowych w zakresie wykazu usług i referencji potwierdzających spełnianie warunku udziału w Postępowaniu opisanego w rozdziale V pkt. 1 ppkt 4 lit. a) SWZ dla wszystkich części, w których wykonawca ten złożył ofertę, chyba, że takie wezwanie będzie bezprzedmiotowe z uwagi na uwzględnienie zarzutu z pkt. 5.1;

5.3. przeprowadzenia ponownego badania i oceny ofert;

6)zasądzenie od Zamawiającego na rzecz Odwołującego kosztów postępowania odwoławczego, w tym kosztów doradztwa prawnego, według norm przepisanych i zgodnie z fakturą przedstawioną przez Odwołującego na rozprawie.

Uzasadniając odwołanie Odwołujący, w zakresie rozpatrywanego zarzutu przedstawił stan faktyczny sprawy oraz następującą argumentację:

Stan faktyczny

Zamawiający prowadzi postępowanie o udzielenie zamówienia publicznego w trybie przetargu nieograniczonego na „Zagospodarowanie odpadów o kodach 19 05 03 oraz 19 05 99 powstających na terenie ZZOK w Bełżycach Sp. z o. o." (ZTU.271.1.2023.ECH). 3.2 W Postępowaniu dla części III, IV i V Zamawiający w dniu 20 kwietnia 2023 r. na podstawie art. 224 ust. 1 Pzp zwrócił się do Terra Amica z żądaniem wyjaśnień, w tym złożenia dowodów w zakresie wyliczenia ceny wskazując wyraźnie, że zaoferowane ceny dla ww. części budzą wątpliwości co do możliwości wykonania przedmiotu zamówienia zgodnie z wymaganiami określonymi w dokumentach zamówienia lub wynikającymi z odrębnych przepisów oraz wskazano, że zaoferowana cena jest niższa o 39, 6% od wartości jaką Zamawiający planował przeznaczyć na realizację zamówienia.

Wezwanie wyraźnie wskazywało na konieczność złożenia dowodów: „zwracamy się z żądaniem wyjaśnień, w tym złożenia dowodów w zakresie wyliczenia ceny".

Wykonawca złożył wyjaśnienia w terminie tj. w dniu 25 kwietnia 2023 r. jednakże zdaniem Odwołującego udzielone wyjaśnienia nie są kompletne, rzetelne i wystarczająco konkretne, w szczególności Wykonawca nie złożył żadnych dowodów na przedstawione kwoty, poza wyjaśnieniami dotyczącymi zupełnie innych postępowań o udzielenie zamówienia, co jest irrelewantne dla wykazania realności ceny w niniejszym Postępowaniu. Następnie, w dniu 25 kwietnia 2023 r. dla części III, IV i V Zamawiający uznał ofertę Terra Amica za najwyżej ocenioną i potencjalnie najkorzystniejszą oraz wezwał tego wykonawcę na podstawie art. 126 Pzp do złożenia podmiotowych środków dowodowych, w tym na potwierdzenie spełnienia warunku udziału w Postępowaniu zgodnie z opisem z rozdziału V pkt. 1 ppkt 4 lit. a)

Uzasadnienie zarzutu dot. Nieprawidłowych wyjaśnień cenowych

Wykonawca złożył wyjaśnienia w zakresie wyliczenia ceny w dniu 25 kwietnia 2023 r. Wyjaśnienia są w niektórych fragmentach objęte tajemnicą przedsiębiorstwa stąd Odwołujący nie ma dostępu do ich pełnej treści. Nie wpływa to jednak na ocenę tych wyjaśnień jako nieprawidłowych w świetle stawianego zarzutu. Odwołujący podkreślał, że należy przede wszystkim wskazać, że Zamawiający zgodnie z treścią art. 224 ust. 1 Pzp żądał od Wykonawcy wyjaśnień wraz z odpowiednimi dowodami w zakresie wyliczenia ceny. Tymczasem Wykonawca jako „dowody" przedstawił wyjaśnienia, które składał w innych postępowaniach o udzielenie zamówienia tj. w postępowaniu prowadzonym przez PUK Ciechanów (16 września 6/16 6 2021 r.) oraz wyjaśnienia z postępowania prowadzonego przez ZZO w Wólce Rokickiej (14 listopada 2022 r.) i referencje. Wykonawca wskazał, że w postępowaniu dla PUK Ciechanów „Terra Amica sp. z o.o. S.k. udokumentowała podobną cenę zagospodarowania odpadów loco składowisko, która po odliczeniu transportu wyniosła 92,80 zł/Mg netto. Kontrakt został zrealizowany, a całkowita ilość odpadów zagospodarowanych w rekultywacji wyniosła 3.011,94 Mg". Wykonawca wskazał, że w postępowaniu dla ZZO w Wólce Rokitnickiej „Terra Amica Sp. z o.o. S.k. udokumentowała podobną cenę zagospodarowania odpadów loco składowisko, która bez uwzględnienia kosztów transportu wyniosła 108,00 zł/Mg. Kontrakt jest w trakcie realizacji, ilość odpadów zagospodarowanych do tej pory w rekultywacji wynosi 1.950,38 Mg.". Odwołujący wskazuje, że wyjaśnienia z innych postepowań nie mają żadnego znaczenia dla wyjaśnienia ceny w niniejszej sprawie. Każde postępowanie o udzielenie zamówienia różni się od siebie zakresem, mamy do czynienia z innymi lokalizacjami, innymi warunkami realizacji zamówienia. Zupełnie inna jest ilość odpadów podlegających zagospodarowaniu. Z tego względu złożenie wyjaśnień z innych postępowań oznacza, że de facto nie złożono żadnych dowodów, gdyż ww. wyjaśnienia dla Ciechanowa i Wólki Rokickiej mogą co najwyżej stanowić dowód na kalkulację ceny dla tamtych postępowań. Warto wskazać, że Terra Amica w Postępowaniu zaoferowała cenę 90,60 zł dla każdej części w których składała ofertę. Zbliżona cena została zaoferowana przez tę spółkę w postępowaniu dla PUK Ciechanów (92,80 zł) jednakże nawet w tym przypadku cena dla Ciechanowa była wyższa o ponad 2 zł a należy wziąć pod uwagę, że cena dla PUK Ciechanów została ustalona we wrześniu 2021 r. a zatem przeszło 1,5 roku temu. We wrześniu 2021 r. inflacja wyniosła wg. danych GUS 5,9 % a we wrześniu 2022 r. już 17,2 %. W marcu 2023 r. gdy Terra Amica przygotowywała ofertę w Postępowaniu inflacja wynosiła 16.1 %. (źródło: https://stat.gov.pl/wykres/1.html). Jednocześnie cena skalkulowana dla postępowania w Wólce Rokickiej wyniosła już wyraźnie więcej bo 108,00 zł/Mg. W przypadku Wólki Rokickiej należy dodatkowo wskazać, że kontrakt ten jest „w trakcie realizacji" zatem trudno nawet ocenić, czy będzie należycie realizowany za zaoferowaną cenę. W ocenie Odwołującego nie można bardzo niskiego poziomu cen wyjaśnić poprzez lakoniczne odwołanie się do tego, że ilość odpadów objętych Postępowaniem pozwala na obniżenie cen jednostkowych. Warto dodać, że druga w kolejności cenowo oferta Senda Sp. z o.o. wynosiła dla cz. 3) 108 zł, cz.4) 112 zł, cz. 5) 117 zł (ceny Odwołującego to odpowiednio 120 zł, 140 zł i 150 zł). Terra Amica nie przedstawił żadnych dowodów, które uzasadniałby tak niską cenę, tym bardziej, że Terra Amica wskazał taką samą kwotę dla każdej z części, w których składał ofertę co powinno zostać szczegółowo wyjaśnione. Powyższe świadczy o tym, że przedstawianie jako argumentów i dowodów wyjaśnień z innych postępowań o udzielenie zamówienia publicznego jest całkowicie bezpodstawne i w żaden sposób nie wyjaśnia ceny ofertowej. W szczególności kwota ofertowa dla przetargu z jesieni 2021 r. nie ma żadnego odniesienia do obecnego Postępowania. Nie są to po prostu dowody w rozumieniu przepisu art. 224 Pzp w odniesieniu do Postępowania. Zawarte w samych wyjaśnieniach obliczenia wskazujące na prawidłowość kalkulacji cenowej oczywiście również mają znaczenie, ale w przypadku wyjaśnień tak ogólnych i lakonicznych w treści jak przedstawione przez Terra Amica nie powinny zostać w żadnym razie uznane za

wystarczające. Wykonawca podał bowiem w wyjaśnieniach ceny (kwoty), jednakże w żaden sposób nie pokazał skąd się one wzięły. Nie przedstawił na to żadnych dowodów.

Poniżej Odwołujący pokazuje konkretne przykłady gdzie Terra Amica nie dochowała należytej staranności wymaganej od profesjonalisty w przedstawianiu dowodów na twierdzenia zawarte w wyjaśnieniach. Terra Amica w wyjaśnieniach wskazuje, że „Instalacja w której będą zagospodarowane odpady objęte przedmiotem zamówienia jest w posiadaniu firmy Terra Amica Sp. z o.o. S.K. i przez nią zarządzana, w związku z powyższym zagospodarowanie odpadów będzie się odbywało bez pośredników w obrocie odpadami, co stanowi oszczędność metody wykonania zamówienia". Jednocześnie z dokumentu „WYKAZ narzędzi, wyposażenia zakładu lub urządzeń technicznych dostępnych Wykonawcy w celu wykonania zamówienia publicznego" złożonego przez Terra Amica wynika, że instalacja, o której mowa w wyjaśnieniach cenowych, jest posiadana przez Terra Amica na podstawie umowy dzierżawy z dnia 20 października 2021 r. Dowód: „WYKAZ narzędzi, wyposażenia zakładu lub urządzeń technicznych dostępnych Wykonawcy w celu wykonania zamówienia publicznego" na wzorze załącznika nr 7 do SWZ (w aktach postępowania). Odwołujący wskazuje zatem, że obowiązkiem Terra Amica było złożenie wraz z wyjaśnieniami ceny jako dowodu umowy dzierżawy, gdyż z jej treści wynika realny koszt dysponowania instalacją w której będą zagospodarowane odpady. Wpływa to na „koszty ogólnego zarządu" i ich wysokość. Wykonawca tego zaniechał podając w wyjaśnieniach kwoty które nie wiadomo z czego wynikają. Z wyjaśnień Terra Amica wynika też, że składowisko odpadów będzie obsługiwane przez jedną osobę, która będzie jednocześnie zarządzającym i kierownikiem składowiska, co ma wpływać na obniżenie kosztów. Terra Amica podkreśla w wyjaśnieniach, że wartość wynagrodzenia tej osoby „nie jest niższa od obecnie obowiązującego minimalnego wynagrodzenia za pracę". Odwołujący wskazuje, że Terra Amica zaniechał przedstawienia jakiegokolwiek dowodu na ww. okoliczność, w szczególności nie złożono umowy o pracę albo umowy cywilnoprawnej kierownika składowiska, która potwierdzałaby wysokość wypłacanego mu wynagrodzenia i umożliwiała weryfikację przedstawionej kalkulacji cenowej. Ten koszt wpływa na „koszty bezpośrednie zagospodarowania", w tym przypadku Wykonawca konsekwentnie podał w wyjaśnieniach kwoty których wysokości i realności nie można zweryfikować. Ponadto w przypadku korzystania przez Wykonawcę z podwykonawców, powinien on przedstawić umowy z nimi zawarte czy oferty od nich otrzymane. Na składowisku musi być tez obecny sprzęt do prac rekultywacyjnych, a Terra Amica powinien w ramach wykazania kosztów przedstawić dowody w postaci umów leasingu czy kupna tego sprzętu, faktury, czego również zaniechano. Odwołujący wskazuje ponadto, że w procesie zagospodarowania odpadów możliwe są różne sposoby rekultywacji składowisk odpadów, a przez to różne koszty jej wykonania i to również powoduje, że wskazywanie jako uzasadnienia cen oferowanych w innych postępowaniach nie jest żadnym dowodem na realność ceny ofertowej. Konieczne jest złożenie konkretnych dowodów, związanych z samym procesem zagospodarowania odpadów.

Proces rekultywacji składa się z dwóch podstawowych etapów: rekultywacji technicznej i rekultywacji biologicznej. Rekultywacja techniczna i biologiczna może obejmować wykonanie następujących prac: 1) Kształtowanie korony składowiska; 2) Wykonanie warstwy wyrównawczej; 3) Wykonanie warstwy uszczelniającej; 4) Wykonanie warstwy drenażowej; 5) Wykonanie warstwy ziemnej; 6) Przygotowanie agrotechniczne pod wprowadzenie roślin; 7) Wysiew traw; 8) Nasadzenia krzewów i drzew. 4.15 Grubości tych warstw, sposób i materiał z jakich są wykonane oraz rodzaj i sposób nasadzeń każdorazowo określa projekt rekultywacji składowiska. Na przykład warstwa uszczelniająca może być wykonana z materiału gliniastego, z betonmaty lub z obydwu tych materiałów. Kosztem w tym przypadku będzie dostawa i ułożenie materiału gliniastego lub zakup i ułożenie betonmaty lub obydwie pozycje. Dla instalacji na której Wykonawca zamierza zagospodarować odpady w ramach rekultywacji została wydana decyzja o środowiskowych uwarunkowaniach z dnia 5 lipca 2022 r., która określa następujący zakres prac: „Planowana rekultywacja składowiska odpadów obejmować będzie:

- rekultywację techniczną polegającą na uporządkowaniu terenu kwatery odpadów stałych składowiska a następnie docelowemu ukształtowaniu nasypu złoża odpadów,
- wykonanie warstwy wyrównawczej,
- wykonanie warstwy uszczelniającej,
- wykonanie warstwy glebotwórczej na terenie kwatery odpadów stałych oraz terenie wylewiska,
- rekultywację biologiczną polegającą na obsianiu terenu kwatery mieszanką traw i roślin osłonowych oraz wykonaniu nasadzeń drzew i krzewów. Obecnie na terenie składowiska znajdują następujące obiekty i urządzenia techniczne:
- teren nieczynnych i częściowo zrekultywowanych kwater składowania odpadów stałych K1 i K2 o pow.ok.1,47 ha,
- teren nieczynnego i częściowo zrekultywowanego wylewiska nieczystości płynnych o pow.ok.0,3 ha,
- częściowe ogrodzenie składowiska wraz z bramami wjazdowymi.

Ukształtowanie, wyrównanie i wyprofilowanie warstwy odpadów zalegającej na powierzchni na powierzchni kwater odpadów stałych K1 i K2 składowiska, należy wykonać zgodnie z projektowanymi rzędnymi, nachyleniem i spadkami opisanymi na mapie sytuacyjno-wysokościowej dołączonej do KIP. Po ukształtowaniu czaszy składowiska na warstwie odpadów ułożyć warstwę wyrównawczą o grubości do 0,25 m z mas ziemnych lub odpadów. Do wykonania warstwy wyrównawczej na kwaterach odpadów stałych K1 i K2 wykorzystać masy ziemne lub odpady określone w załączniku 2 rozporządzenia Ministra Środowiska z 30 kwietnia 2013r. w sprawie składowisk odpadów (Dz.U. z 2013r. poz.523 z późn.zm.). Warstwę uszczelniającą (izolacyjną należy wykonać z materiału geosyntetycznego (maty bentonitowe lub folia HDPE) lub z warstwy gruntu mineralnego słabo przepuszczalnego o miąższości 0,2 m. Warstwę glebotwórczą wykonać o grubości do 2,0 m która pozwoli na wegetację roślin z mas ziemnych lub odpadów określonych w załączniku 2 rozporządzenia j.w. Docelowe rzędne terenu kwatery składowiska po ukształtowaniu okrywy rekultywacyjnej winny się mieścić w przedziale 159,70-161,65 m n.p.m. W ramach planowanego przedsięwzięcia należy wykonać 3 studnie biernego odgazowania, z zastosowaniem biofiltrów ograniczających uciążliwości zapachowe składowiska. Rekultywacja biologiczna obejmie 2 etapy:

- obsiew skarp i wierzchowiny kwatery składowiska mieszanka traw i roślin motylkowych
- wykonanie nasadzeń drzew i krzewów na wierzchowinie kwatery składowiska.

Prace rekultywacyjne na wylewisku należy wykonać poprzez ukształtowanie i wypełnienie i wyrównanie istniejących zagłębień i głębokości 1,6-1,8 m do poziomu taczającego terenu (159,00-159,20 m n.p.mt.) Szacunkowa ilość odpadów

lub mas ziemnych potrzebna do wypełnienia zagłębień wyniesie ok.34500 m3".

Z decyzji o środowiskowych uwarunkowaniach wynika zatem, że poza samym przyjęciem odpadów do rekultywacji, jest jeszcze konieczne szereg prac do wykonania do których Wykonawca Terra Amica w żaden sposób nie odniósł się, szczególnie do ich kosztów. Terra Amica co najwyżej wskazał kwoty w ramach „kosztów bezpośredniego zagospodarowania" jednak nie wykazując skąd się one wzięły. Nie przedstawiając dowodów. W ocenie Odwołującego, wyjaśnienie realności ceny zagospodarowania odpadów w procesie rekultywacji w Postępowaniu powinno odnosić się bezpośrednio to wymogów z decyzji o środowiskowych uwarunkowaniach i zawierać przynajmniej: 1) zestawienie kosztów rekultywacji wraz z dowodami np. wskazanie, że zostanie wykonana warstwa uszczelniająca z 1000 m3 gliny i dowód pozyskania tej gliny za określoną cenę np. w postaci oferty kontrahenta, dowodu zakupu, 2) sposób przeprowadzenia rekultywacji wraz z dowodem w postaci wyciąg z projektu, przedstawienie ceny materiałów na poszczególne warstwy, koszty materiałów np. wykonania studni odgazowującej. W ten sposób Wykonawca mógłby w realny sposób dowieść wysokości planowanego zysku w kontekście kosztów jakie poniesie w czasie realizacji przedmiotu zamówienia. Wykonawca tego zaniechał. Warto przy tym podkreślić, że dowody takie jak wyżej wymienione (zwłaszcza umowa dzierżawy, umowa o pracę, inne umowy których stroną jest Wykonawca, oferty od kontrahentów, faktury, odniesienie się wprost do sposobu rekultywacji w związku z wymaganiami decyzji o środowiskowych uwarunkowaniach) mają charakter podstawowy, które Wykonawca powinien bezwzględnie załączać gdyż są w jego posiadaniu i ich złożenie nie powinno sprawiać żadnych kłopotów. Zamiast tego złożono wyjaśnienia z innych postępowań o udzielenie zamówienia, które są bez znaczenia dla Postępowania. Odwołujący wskazuje też, że w wezwaniu z dnia 20 kwietnia 2023 r. Zamawiający wskazywał, że Terra Amica złożyła ofertę w trzech częściach i że oferta w tym zakresie „budzi każdorazowo wątpliwości" Zamawiającego. W ocenie Odwołującego Terra Amica w wyjaśnieniach powinna zatem również odnieść się do poszczególnych części, zwłaszcza jeżeli zaoferowano taką sama cenę dla części III i IV gdzie przewidywany wolumen odpadów wynosi 9000 Mg oraz dla części V o wolumenie 4000 Mg. Terra Amica powinna to wyjaśnić. Senda i Odwołujący przedstawiali różne ceny dla poszczególnych części. Biorąc pod uwagę, że wyjaśnienia Terra Amica są ogólnikowe i lakoniczne a Wykonawca nie załączył żadnych dowodów na potwierdzenie realności przedstawionych kwot i wyliczeń (które też są bardzo ogólne), nie można w żaden sposób uznać, że wyjaśnienia prawidłowo uzasadniają podaną w ofercie cenę w rozumieniu art. 224 ust. 6 Pzp. Wymaga podkreślenia, że zgodnie z art. 224 ust. 5 Pzp „Obowiązek wykazania, że oferta nie zawiera rażąco niskiej ceny lub kosztu spoczywa na wykonawcy" jest to zatem obowiązek Terra Amica w odniesieniu do własnej oferty, którego w ocenie Odwołującego Terra Amica nie udźwignął. Kluczową kwestią jest, że wyjaśnienia elementów mających wpływ na wysokość ceny muszą być konkretne, wyczerpujące i nie mogą pozostawiać jakichkolwiek wątpliwości co do rzetelności kalkulacji ceny oferty. W ocenie Odwołującego okoliczności niniejszej sprawy powodują, że Zamawiający nie powinien ponownie wzywać Terra Amica do wyjaśnień ceny. Możliwość żądania przez zamawiającego dalszego doprecyzowania w zakresie przekazanych przez wykonawcę wyjaśnień dotyczących elementów cenowych znajduje zastosowanie jedynie w przypadku szczegółowego oraz konkretnego udzielenia przez wykonawcę wyjaśnień. Znajduje to potwierdzenie w orzecznictwie KIO np. KIO 2664/19. Odwołujący wskazuje, że Terra Amica zaniechał złożenia jakichkolwiek dowodów wraz z wyjaśnieniami ceny, w tym takich które miały charakter podstawowy dla oferty i były łatwe do pozyskania (Wykonawca był w ich posiadaniu). Zatem z uwagi również na zasadę równego traktowania wykonawców i uczciwej konkurencji Wykonawca ten nie powinien być ponownie wzywany w tym zakresie, w szczególności wzywany do złożenia dowodów, które bez wątpliwości miał obowiązek złożyć już na skutek pierwszego wezwania. Obowiązek poparcia przedstawianych wyjaśnień ceny dowodami ma kluczowe znaczenie dla ich oceny, ponieważ same wyjaśnienia rzadko kiedy mogą być uznane za w pełni obiektywne jako składane przez podmiot bezpośrednio zainteresowany rozstrzygnięciem postępowania (tak KIO 600/21). Nie dysponując dowodami Zamawiający nie był w stanie dokonać oceny realności ceny i rzetelności przedstawionej kalkulacji. Wymaga podkreślenia, że zgodnie z art. 224 ust. 6 Pzp odrzuceniu podlega oferta wykonawcy, nie tylko wówczas gdy nie złożył wyjaśnień, ale również wtedy, gdy złożone wyjaśnienia wraz z dowodami nie uzasadniają podanej w ofercie ceny lub kosztu. Podstawa do odrzucenia oferty występuje zatem między innymi w sytuacji, w której wyjaśnienia udzielone przez wykonawcę nie są kompletne, rzetelne czy wystarczająco konkretne (tak: KIO w wyroku z dnia 5 kwietnia 2022 r., KIO 769/22). Zdaniem Odwołującego w niniejszej sprawie, Zamawiający nie mógł zbadać, czy przyjęte przez wykonawcę wyliczenia są rzetelne, wiarygodne, w sytuacji gdy Terra Amica nie przedstawił żadnych dowodów potwierdzających sposób kształtowania poszczególnych elementów kosztotwórczych, poprzestając jedynie na własnych oświadczeniach w tym zakresie. Krajowa Izba Odwoławcza wielokrotnie w swym orzecznictwie potwierdzała, że za sytuację równoznaczną z brakiem wyjaśnień należy również uznać złożenie wyjaśnień niekompletnych, zbyt ogólnych, nie zawierających dowodów: KIO 2197/19, KIO 1834/19. Wykonawca Terra Amica w Postępowaniu nie przedstawił żadnych dowodów, które byłby adekwatne do konkretnej sytuacji i okoliczności Postępowania.

Zamawiający złożył odpowiedź na odwołanie wnosząc o oddalenie odwołania (pismo z 18.05.2023 r.).

Uwzględniając dokumentację postępowania złożoną do akt sprawy, w tym specyfikację warunków zamówienia, ofertę Terra Amica i dokumenty złożone w postępowaniu przetargowym, w zakresie związanym z podstawą zarzutów odwołania, jak również biorąc pod uwagę odpowiedź na odwołanie, dalsze pisma procesowe, oświadczenia, stanowiska i dokumenty złożone przez strony i uczestników postępowania, w tym w trakcie posiedzenia i rozprawy, Krajowa Izba Odwoławcza ustaliła i zważyła, co następuje:

Do rozpoznania zarzutów w odwołaniu zastosowanie znajdowały przepisy ustawy z dnia 11 września 2019 r. Prawo zamówień publicznych (Dz. U. z 2022 r., poz. 1710 z późn. zm.), obowiązującej w dacie wszczęcia postępowania o udzielenie zamówienia, zwana dalej Pzp lub ustawą Pzp.

Odwołanie nie podlegało odrzuceniu.

Do postępowania odwoławczego, zachowując termin ustawowy oraz wykazując interes w uzyskaniu rozstrzygnięcia na rzecz strony do której zgłoszono przystąpienie, zgłosił przystąpienie po stronie Zamawiającego, wykonawca TERRA AMICA spółka z ograniczoną odpowiedzialnością spółka komandytowa z siedzibą w Ostrołęce.

Krajowa Izba Odwoławcza, działając na podstawie art. 520 ust. 1 ustawy Pzp oraz art. 568 pkt 1 ustawy Pzp postanowiła umorzyć postępowanie odwoławcze w zakresie zarzutu opisanego w pkt 2.2. petitum odwołania dot. naruszenia art. 128 ust. 1 i 4 Pzp w zw. z art. 112 ust. 2 pkt 4 Pzp w zw. z art. 16 pkt 1 Pzp.

Zgodnie z art. 520 ust. 1 ustawy Pzp, *odwołujący może cofnąć odwołanie do czasu zamknięcia rozprawy.* Stosownie do art. 568 pkt 1 ustawy Pzp, *Izba umarza postępowanie odwoławcze, w formie postanowienia, w przypadku cofnięcia odwołania.*

Odwołujący w piśmie procesowym z dnia 21 maja 2023 r. oświadczył, że cofa zarzut dotyczący niewykazania przez Terra Amica warunku udziału w Postępowaniu i zaniechania wezwania tego wykonawcy w trybie art. 128 Pzp. W przywołanym przepisie art. 520 ust. 1 ustawy Pzp ustawodawca przyznał odwołującemu prawo do cofnięcia w całości środka ochrony prawnej. Skoro zatem wykonawca może cofnąć odwołanie w całości, to na zasadzie wnioskowania a maiori ad minus, należy uznać, że odwołujący może zrezygnować z popierania jedynie części odwołania. W orzecznictwie Izby nie jest kwestionowana możliwość skutecznego cofnięcia odwołania w części. Odwołujący oświadczył, że nie popiera już tego zarzutu, wobec powyższego postępowanie odwoławcze w tej części podlegało umorzeniu. Dostrzec należy, że Izba związana jest oświadczeniem odwołującego o cofnięciu części odwołania, czego skutkiem wynikającym wprost z art. 568 pkt 1 ustawy Pzp ustawy Pzp jest obowiązek umorzenia przez Izbę postępowania odwoławczego w zakresie wycofanego zarzutu.

Rozstrzyganie w przedmiocie zarzutów, które okazały się niesporne jest bezcelowe. Jednocześnie jednak informacja o częściowym umorzeniu postępowania odwoławczego musi znaleźć odzwierciedlenie w sentencji orzeczenia, a nie w uzasadnieniu. W art. 559 ust. 2 Pzp, określającym w sposób wyczerpujący elementy treści uzasadnienia wyroku wydanego przez Izbę nie ma bowiem żadnej wzmianki o możliwości zamieszczenia w uzasadnieniu wyroku jakiegokolwiek rozstrzygnięcia.

W pozostałym zakresie, Izba rozpoznała zarzut odwołania.

Izba ustaliła i zważyła.

Stan faktyczny przedstawiony przez odwołującego odpowiada prawdzie nie będzie więc powielany. Uzupełniająco Izba ustaliła.

Przedmiotem zamówienia jest sukcesywne zagospodarowanie frakcji o kodach 19 05 03 (kompost niespełniający wymagań) oraz 19 05 99 (stabilizat po procesie fermentacji i stabilizacji) wytwarzanych w instalacji mechanicznobiologicznej w Zakładzie Zagospodarowania Odpadów Komunalnych w Bełżycach Sp. z o.o.
Zamawiający dopuścił składanie ofert częściowych z podziałem na 5 części.
W zakresie części III, IV i V, których dotyczy odwołanie Zamawiający wskazał, że
Część 3 zamówienia – „Sukcesywne zagospodarowanie frakcji 19 05 03 w ilości do 9 000 Mg"
a) 19 05 03 – odpady poddane procesowi stabilizacji tlenowej o zawartości węgla organicznego do 20% suchej masy, wartości AT4 poniżej 10 mg O2/g s.m., stracie prażenia stabilizatu mniejszej niż 35%. (…)
d) Odpady spełniają warunki składowania i zagospodarowania określone w Rozporządzenie Ministra Gospodarki z dnia 16 lipca 2015 r. w sprawie dopuszczania odpadów do składowania na składowiskach
(Dz.U. 2015 poz. 1277), zamawiający dysponuje kartą charakterystyki odpadu oraz wynikami badań dopuszczających.
(…)
i) Wymagana masa odpadów przyjęta do zagospodarowania – 9000 Mg w trakcie realizacji przedmiotu umowy.
j) Zamawiający stosownie do treści art. 433 pkt. 4) ustawy pzp wskazuje, iż minimalna wielkości świadczenia wynosi 6 300 Mg.
k) Zamawiający, w toku realizacji umowy, zastrzega sobie prawo ograniczenia ilości odpadów o maksimum 30%. Zmniejszenie ilości odpadów w tym zakresie nie będzie rodziło żadnych roszczeń po stronie Wykonawcy w stosunku do Zamawiającego, w szczególności o zapłatę wynagrodzenia za niezrealizowaną część umowy oraz o zapłatę odszkodowania w związku ze zmniejszeniem ilości odpadów. W niemniejszej sytuacji nie wymaga się sporządzenia aneksu.
l) Ostateczna ilość odpadów zależna będzie od dynamiki przetwarzania odpadów w ciągu roku. W związku z powyższym Zamawiający zastrzega sobie możliwość skorzystania z prawa opcji zgodnie z art. 441 ustawy Pzp. Prawo opcji polegać będzie na przedłużeniu umowy o maksymalnie kolejnych 6 miesięcy (do 30% ilości odpadów), po realizacji zamówienia podstawowego.
część 4 zamówienia –„Sukcesywne zagospodarowanie frakcji 19 05 03 w ilości do 9 000 Mg"
a) 19 05 03 – odpady poddane procesowi stabilizacji tlenowej o zawartości węgla organicznego do 20% suchej masy, wartości AT4 poniżej 10 mg O2/g s.m., stracie prażenia stabilizatu mniejszej niż 35%.
(…)
d) Odpady spełniają warunki składowania i zagospodarowania określone w Rozporządzenie Ministra Gospodarki z dnia 16 lipca 2015 r. w sprawie dopuszczania odpadów do składowania na składowiskach (Dz.U. 2015 poz. 1277), zamawiający dysponuje kartą charakterystyki odpadu oraz wynikami badań dopuszczających.
(…)
i) Wymagana masa odpadów przyjęta do zagospodarowania – 9000 Mg w trakcie realizacji przedmiotu umowy.
j) Zamawiający stosownie do treści art. 433 pkt. 4) ustawy pzp wskazuje, iż minimalna wielkości świadczenia wynosi 6 300 Mg.
k) Zamawiający, w toku realizacji umowy, zastrzega sobie prawo ograniczenia ilości odpadów o maksimum 30%. Zmniejszenie ilości odpadów w tym zakresie nie będzie rodziło żadnych roszczeń po stronie Wykonawcy w stosunku do Zamawiającego, w szczególności o zapłatę wynagrodzenia za niezrealizowaną część umowy oraz o zapłatę odszkodowania w związku ze zmniejszeniem ilości odpadów. W niemniejszej sytuacji nie wymaga się sporządzenia aneksu.
l) Ostateczna ilość odpadów zależna będzie od dynamiki przetwarzania odpadów w ciągu roku. W związku z powyższym Zamawiający zastrzega sobie możliwość skorzystania z prawa opcji zgodnie z art. 441 ustawy Pzp. Prawo opcji polegać będzie na przedłużeniu umowy o maksymalnie kolejnych 6 miesięcy (do 30% ilości odpadów), po realizacji zamówienia podstawowego.
część 5 zamówienia – „Sukcesywne zagospodarowanie frakcji 19 05 03 w ilości do 4 000 Mg"
a) 19 05 03 – odpady poddane procesowi stabilizacji tlenowej o zawartości węgla organicznego do 20% suchej masy, wartości AT4 poniżej 10 mg O2/g s.m., stracie prażenia stabilizatu mniejszej niż 35%. (…)
d) Odpady spełniają warunki składowania i zagospodarowania określone w Rozporządzenie Ministra Gospodarki z dnia 16 lipca 2015 r. w sprawie dopuszczania odpadów do składowania na składowiskach (Dz.U. 2015 poz. 1277), zamawiający dysponuje kartą charakterystyki odpadu oraz wynikami badań dopuszczających.
(…)
i) Wymagana masa odpadów przyjęta do zagospodarowania – 4000 Mg w trakcie realizacji przedmiotu umowy.
j) Zamawiający stosownie do treści art. 433 pkt. 4) ustawy pzp wskazuje, iż minimalna wielkości świadczenia wynosi 2 800 Mg.

k) Zamawiający, w toku realizacji umowy, zastrzega sobie prawo ograniczenia ilości odpadów o maksimum 30%. Zmniejszenie ilości odpadów w tym zakresie nie będzie rodziło żadnych roszczeń po stronie Wykonawcy w stosunku do Zamawiającego, w szczególności o zapłatę wynagrodzenia za niezrealizowaną część umowy oraz o zapłatę odszkodowania w związku ze zmniejszeniem ilości odpadów. W niemniejszej sytuacji nie wymaga się sporządzenia aneksu.
l) Ostateczna ilość odpadów zależna będzie od dynamiki przetwarzania odpadów w ciągu roku. W związku z powyższym Zamawiający zastrzega sobie możliwość skorzystania z prawa opcji zgodnie z art. 441 ustawy Pzp. Prawo opcji polegać będzie na przedłużeniu umowy o maksymalnie kolejnych 6 miesięcy (do 30% ilości odpadów), po realizacji zamówienia podstawowego.
Zamawiający w SWZ ustalił następujący sposób obliczenia ceny:
1. Wykonawca w ofercie określi cenę oferty brutto w zł (PLN), która stanowić będzie wynagrodzenie za realizację przedmiotu zamówienia. Cena oferty – jest to kwota wymieniona w Formularzu oferty (Załącznik nr 2 SWZ), którą należy podać w zapisie liczbowym i słownie z dokładnością do grosza (do dwóch miejsc po przecinku).
2. Zamawiający nie będzie ponosił żadnych dodatkowych kosztów związanych z realizacją usługi. Wszystkie koszty składające się na tzw. cykl życia odbieranego odpadu tj. od momentu odbioru do momentu jego zagospodarowania zgodnie z opisem przedmiotu zamówienia ponosi Wykonawca.
3. Podstawą do określenia ceny oferty jest SWZ wraz załącznikami.
4. W Formularzu oferty Wykonawca podaje:
1) zryczałtowaną cenę netto za zagospodarowanie 1 MG odpadów,
2) oblicza cenę netto odpadów objętych zakresem, później dodaje podatek VAT za zagospodarowanie odpadów oraz wylicza wartość podatku VAT a następnie oblicza wartości brutto mnożąc zryczałtowaną cenę brutto za zagospodarowanie 1 MG odpadów oraz szacunkową sumaryczną masę odpadów.
3) Wartość tak obliczona stanowi cenę ofertową brutto podaną w formularzu ofertowym i powinna być podana z dokładnością do dwóch miejsc po przecinku w rozumieniu art. 3 ust. 1 pkt 1 i ust. 2 ustawy z dnia 9 maja 2014 r. o informowaniu o cenach towarów i usług (tekst jedn. z 2019 r. poz.178) oraz ustawy z dnia 7 lipca 1994 r. o denominacji złotego (Dz. U. z 1994 r., Nr 84, poz. 386 ze zm.).
Zgodnie z § 2 projektu umowy:
1.Zamawiający powierza, a Wykonawca zobowiązuje się do wykonywania usługi polegającej na zagospodarowaniu zgodnie z obowiązującymi w tym zakresie przepisami prawa oraz procesami odzysku lub recyklingu wyszczególnionymi w załączniku nr 1 i 2 do ustawy o odpadach oraz postanowieniami zawartej umowy w zakresie części _____ zamówienia – pn. „_____ .”
2.Wykonawca podczas realizacji umowy:
1)Zobowiązuje się do osobistego wykonania zadania tj. poprzez prowadzenie i eksploatację instalacji do prowadzenia procesów wymienionych w załącznikach do ustawy o odpadach. Powierzenie wykonania części zamówienia podwykonawcom może być realizowane wyłącznie na zasadach wynikających z ustawy, z zastrzeżeniem, że odpowiedzialność za wykonanie zamówienia z należytą starannością wobec Zamawiającego spoczywa na Wykonawcy.
2)Zobowiązuje się do zagospodarowania odpadów w miejscu od strony formalno – prawnej dopuszczonym do prowadzenia procesów, o których mowa w załącznikach 1 i 2 ustawy o odpadach w tym w szczególności w miejscach posiadających aktualne pozwolenie na prowadzenie działalności w zakresie przetwarzania odpadów, których zagospodarowanie jest przedmiotem umowy.
(…)
5)Zobowiązuje się do przyjęcia odpadów w dniach roboczych od poniedziałku do piątku (z wyłączeniem dni ustawowo wolnych od pracy).
3.Lokalizacja instalacji do której przekazywane będą poszczególne odpady z ZZOK:”.

W dniu 17.04.2023 r. Zamawiający dokonał otwarcia ofert. Z informacji z otwarcia ofert w postępowaniu pn. Zagospodarowanie odpadów o kodach 190503 oraz 190599 powstających na terenie ZZOK w Bełżycach Sp. z o.o. wynika, iż w postępowaniu wpłynęły następujące oferty:

Gminne Przedsiębiorstwo Gospodarki Komunalnej
Ul. Młodzieżowa 4
24 –320 Poniatowa

Część	Cena netto/brutto	Odległość(km)	Termin płatności faktury(dni)
5	540000,00/583 200,00	14	14

Terra Amica Sp. z o.o. S.K
Ul. Starosty Kosa 4
07 –410 Ostrołęka

Część	Cena netto/brutto	Odległość(km)	Termin płatności faktury(dni)
3	815400,00/880 632,00	92,5	30
4	815400,00/880 632,00	92,5	30
5	362400,00/391 392,00	92,5	30

WKW Sp. z o.o. Sp. k.
Irena 82
37 –470 Zaklików

Część	Cena netto/brutto	Odległość(km)	Termin płatności faktury(dni)
3	1080000,00/1 166400,00	60	30
4	1260000,00/1 360800,00	32	30
5	600000,00/ 648000,00	32	30

Senda Sp. z o.o.
Ul. Strzygłowska 67 FK
04 –872 Warszawa

Część	Cena netto/brutto	Odległość(km)	Termin płatności faktury(dni)
3	972000,00/1 049760,00	145	30
4	1008000,00/1 088640,00	145	30
5	468000,00/505 440,00	145	30

Usługi Transportowe i Handel Z.D.
Ul. Zaściankowa 1 a
05 –240 Tłuszcz

Część	Cena netto/brutto	Odległość(km)	Termin płatności faktury(dni)
3	1749960,00/1 889956,80	187	30
4	1749960,00/1 889956,80	187	30
5	776760,00/838900,80	187	30

Ekoland Polska S.A.
Ul. Piłsudskiego 14
23 –200 Kraśnik

Część	Cena netto/brutto	Odległość(km)	Termin płatności faktury(dni)
1	3240000,00/3 499200,00	32,4	30
2	3330000,00/3 596400,00	32,4	30

Oferta Terra Amica uwzględnia cenę netto za zagospodarowanie 1 Mg odpadów– 90,60 zł (259,20 zł brutto). Wykonawca w ofercie zadeklarował dla każdej z części wykonanie zagospodarowania odpadów w następującej instalacji komunalnej:
Nazwa SKŁADOWISKO ODPADÓW INNYCH NIŻ NIEBEZPIECZNE I OBOJĘTNE
Adres KRÓLEWSKI DWÓR, GMINA PARCZEW. W ramach składanych dokumentów podmiotowych wykonaw przedłożył Zamawiającemu decyzję Starosty Parczewskiego z dn. 25.10.2022 r. nr ROŚ-IV.6233.4.2022.EG, zezwalającą temu wykonawcy na przetwarzanie odpadów na terenie składowiska odpadów innych niż niebezpieczne i obojętne
w miejscowości Królewski Dwór, gmina Parczew. W decyzji opisano szczegółowe warunki przeprowadzenia rekultywacji terenów składowiska. Do wykonania rekultywacji wskazane zostały odpady o kodach, w tym odpad 19 05 03.
Zamawiający oszacował wartość zamówień z podziałem na części zamówień:
1) 2 610 000,00 zł, co stanowi równowartość 586 042,75 euro
2) 2 610 000,00 zł, co stanowi równowartość 586 042,75 euro
3) 1 350 000,00 zł, co stanowi równowartość 303 125,56 euro
4) 1 350 000,00 zł, co stanowi równowartość 303 125,56 euro
5) 600 000,00 zł, co stanowi równowartość 134 722,47 euro
W protokole postępowania podano, że wartość zamówienia została ustalona w dniu 02.03.2023 r. na podstawie analizy cenników.
Wykonawca złożył wyjaśnienia w piśmie z 25.04.2023 r. W wyjaśnieniach odniósł się do treści wezwania Zamawiającego. Przystępujący podkreślił, iż istotnym elementem wpływającym na cenę jest fakt, że instalacja na której będą zagospodarowywane odpady jest w posiadaniu Przystępującego i jest przez niego zarządzana oraz opisał swoją koncepcję biznesową dla realizacji przedmiotowego zamówienia. Wykonawca wskazał na rodzaje kosztów składających się na cenę oferty, oraz przedstawił kalkulację kosztową zaoferowanej ceny za 1Mg odebranego odpadu z uwzględnieniem marży.
Izba oddaliła odwołanie w całości.

Zarzut związany z treścią wyjaśnień dotyczących ceny złożonych przez Wykonawcę Terra Amica został zasadniczo wywiedziony w oparciu o tezę, iż wyjaśnienia, do których nie załączono dowodów w postaci dokumentów opisywanych przez Odwołującego, należy ocenić jako niewystarczające, co Odwołujący zasadniczo zestawiał z koniecznością wykazania wysokości poszczególnych kosztów składających się na cenę końcową oferty wynikającą z ceny za zagospodarowanie 1 Mg odpadów.

Mając na uwadze brzmienie przepisu art. 224 ust. 6 Pzp wyjaśnienia wykonawcy mają uzasadniać podaną w ofercie cenę lub koszt, a zgodnie z art. 226 ust. 1 pkt 8 Pzp odrzuceniu podlega oferta zawierająca rażąco niską cenę lub koszt w stosunku do przedmiotu zamówienia. Przyczyną powzięcia podejrzenia zaoferowania rażąco niskiej ceny była znacząca (przekraczająca 30%) różnica ceny oferty wybranej do wartości szacunkowej powiększonej o należny podatek VAT, dla części III, IV i V zamówienia (chociaż Zamawiający wystosował wezwanie na podstawie art. 224 ust. 1 Pzp).

W niniejszej sprawie należy podkreślić, iż przepisy ustawy nie determinują konkretnego wzorca wyjaśnień i taki nie może być narzucony przy ocenie złożonych wyjaśnień przez zamawiającego. Naturalną rzeczą jest, że wykonawcy winni dążyć do jak najpełniejszego przedstawienia informacji pozwalających na uznanie realności ich ceny i poparcie tych informacji dowodami. Jednakże również kierowane do wykonawcy wezwanie do złożenia wyjaśnień sprowadzić można do wskazania na konieczność wyjaśnienia ceny (czy też wskazanych elementów), bez identyfikacji sposobu w jaki wykonawca miałby na to wezwanie odpowiedzieć, jak miało to miejsce w niniejszym postępowaniu. Procedura wyjaśnienia, kalkulacji ceny ofertowej wymaga pozostawienia wykonawcy pewnej swobody, która pozwala każdorazowo na dostosowanie wyjaśnień do indywidualnych okoliczności, jakie pozwolą uzasadnić podaną cenę. Co do zasady zamawiający formułując wezwanie poza możliwością zidentyfikowania własnych zastrzeżeń, nie może przesądzić o tym w jaki sposób wykonawca może swoją cenę uzasadnić, co zasadniczo jest determinowane warunkami w jakich wykonawca prowadzi działalność. W ocenie składu orzekającego nie jest uprawnione, tak na podstawie brzmienia ustawy jak i orzecznictwa, formułowanie kategorycznych tez co do potrzeby wykazania zasadności ceny wyłącznie prezentując w sposób rachunkowy poszczególne elementy. To okoliczności konkretnego zamówienia, jego specyfika determinują sposób prezentacji ceny w ofercie, co również może mieć wpływ na wyjaśnienia wykonawcy i to w jaki sposób możliwe jest uzasadnienie występujących różnic w cenie. W przedmiotowym postępowaniu oferty kalkulowane były w oparciu o stawkę za zagospodarowanie 1 Mg odpadów.

Dostrzeżenia również wymaga, iż zgodnie przepisem ust. 1 ustawy Pzp postępowanie odwoławcze jest postępowaniem kontradyktoryjnym - strony i uczestnicy postępowania odwoławczego obowiązani są wskazywać dowody dla stwierdzenia faktów, z których wywodzą skutki prawne. Ciężar dowodu, zgodnie z Kodeksu Cywilnego w zw. z ust. 1 ustawy Pzp spoczywa na osobie, która z danego faktu wywodzi skutki prawne. Ciężar dowodu rozumieć należy z jednej strony jako obarczenie strony procesu obowiązkiem przekonania sądu (w tym przypadku Krajowej Izby Odwoławczej), na podstawie wskazanych dowodów, o słuszności swoich twierdzeń, a z drugiej konsekwencjami zaniechania realizacji tego obowiązku, lub jego nieskuteczności, zaś tą konsekwencją jest zazwyczaj niekorzystny dla strony wynik postępowania. Podkreślenia przy tym raz jeszcze wymaga, że na etapie postępowania odwoławczego ciężar dowodu rozkłada się analogicznie do tego w postępowaniu o udzielenie zamówienia art. 224 ust. 5 ustawy Pzp, tj. stosownie o art. 537 ustawy Pzp ciężar dowodu, że oferta nie zawiera rażąco niskiej ceny, spoczywa na wykonawcy który ją złożył, jeżeli jest stroną albo uczestnikiem postępowania odwoławczego albo na zamawiającym, jeżeli wykonawca, który złożył ofertę, nie jest uczestnikiem postępowania odwoławczego. Izba podziela pogląd wyrażany w orzecznictwie, iż ustalony w ten sposób ciężar dowodu nie ma charakteru absolutnego i nie zwalnia jednak Odwołującego, który podnosi okoliczności dot. rażąco niskiej ceny, od obowiązku wykazania i udowodnienia okoliczności, które czyni podstawą zarzutu rażąco niskiej ceny, zgodnie z 534 ust. 1 ustawy Pzp, zwłaszcza w sytuacji, gdy zamawiający nie miał wątpliwości co do realności ceny oferty (por. wyrok z dnia 21 stycznia 2019 r. KIO 2617/18). Art. ustawy Pzp nie może być rozumiany w ten sposób, że odwołujący może poprzestać na samych twierdzeniach i kwestionować wyłącznie formalny aspekt procedury wyjaśnienia RNC bez merytorycznego wykazania zasadności swoich twierdzeń i przerzucić na uczestnika postępowania lub zamawiającego ciężar dowodowy. W tym kontekście należy podkreślić, że Odwołujący nie wykazał, że nie jest możliwe zagospodarowanie odpadów za wynagrodzenie przyjęte przez Przystępującego, a przyjęte przez

Przystępującego koszty są nierealne.
Odwołujący nie podjął żadnej inicjatywy dowodowej w zakresie próby wykazania, że cena oferty Terra Amica jest ceną rażąco niską. Odwołujący podszedł do sprawy w sposób formalistyczny, podnosząc, że Przystępujący nie przedłożył żadnych dowodów w celu wykazania realności ceny zapominając, że przepisy ustawy Pzp nie wiążą sankcji odrzucenia oferty z niezłożeniem przez wykonawcę dowodów. Oczywiście zasadne jest twierdzenie, że wyjaśnienie składane w poprzednich postępowaniach nie stanowią dowodu na realność ceny zaoferowanej w postępowaniu o konkretnie zakreślonych wymaganiach przez Zamawiającego, tym niemniej takie wyjaśnienia w ocenie Izby mogą zostać uznane za element argumentacji wykonawcy oraz mogą obrazować pewną tendencję cenową na rynku. Zamawiający może oprzeć się na samych wyjaśnieniach, jeśli w dostatecznym stopniu uzasadniają one poprawność obliczenia ceny oferty. Odwołujący wezwany do złożenia wyjaśnień wskazał, jak obliczył cenę swojej oferty, jakie są elementy składowe ceny oraz dołączył dowody jakie uznał za właściwe w celu wykazania realności ceny. Ponadto Przystępujący odniósł się w wyjaśnieniach do wszystkich elementów wyszczególnionych przez Zamawiającego w wezwaniu. W wyjaśnieniach wskazał na zasadnicze elementy cenotwórcze oraz opisał sposób realizacji zamówienia tj. swoją koncepcję biznesową. W toku postepowania sam Odwołujący wskazywał, że nie twierdzi, iż cena nie jest realna lub że sposób realizacji zamówienia jest niewłaściwy, lecz Przystępujący poprzez nieprzedstawienie dowodów w postaci dokumentów wskazanych przez Odwołującego nie wykazał, iż cena jest realna. Postępowanie o udzielenie zamówienia publicznego jest postępowaniem sformalizowanym, lecz ten formalizm nie powinien, w ocenie Izby przesłaniać celu ustanowienia stosownych. Celem badania ceny jest ustalenie czy cena jest realna i możliwe jest za nią zrealizowanie zamówienia i ochrona Zamawiającego przed nienależytym wykonaniem zamówienia w następstwie rażącego zaniżenia ceny.
Uwzględniając specyfikę zamówienia istotnym dla wyjaśnienia ceny i znaczącej różnicy, tak w odniesieniu do pozostałych ofert, jak i szacowanej wartości zamówienia, było wskazanie na okoliczność determinującą sposób realizacji zamówienia w zakresie zagospodarowania odpadów, tj. jak nazwał to Przystępujący na minimalistyczną koncepcję prowadzenia biznesu, z wykorzystaniem posiadanej instalacji, bez korzystania z usług pośredników w obrocie odpadami, z ograniczeniem do jednego pracownika, zaangażowanego również w obsługę innych instalacji, co pozwala na rozłożenie kosztów związanych z jego zatrudnieniem na kilka rekultywacji. Wprawdzie Wykonawca nie podał szczegółowo wszystkich elementów kosztowych związanych z realizacją zamówienia, lecz skonkretyzował elementy kosztotwórcze i przedstawił ogólną kalkulację tych kosztów. Informacje o sposobie, w jaki odpady będą zagospodarowane były informacjami konkretnymi, poparte złożoną w postępowaniu decyzją i wyjaśniały, w ocenie Izby, niższą cenę w postępowaniu. Izba zważyła również, że kalkulacja stawki za odbiór 1 Mg stanowi pewną wypadkową szeregu czynników, tak więc prezentacja poszczególnych kosztów usługi, czy to przez wyliczenie kosztów zatrudnienia, czy też kosztów pracy urządzeń, nie będzie miało prostego przełożenia na podaną cenę.

Tym samym wyjaśnienia, w których Wykonawca odnosił się do istotnych okoliczności dotyczących sposobu, w jaki odpady będą zagospodarowane, należało ocenić jako wykazanie okoliczności uzasadniających obniżenie stawki poniżej poziomu, zakładanego przez Zamawiającego. Brak szczegółowych wyliczeń stawki nie oznaczał przy tym, iż wyjaśnienia nie uzasadniają zaoferowanej ceny – Przystępujący przedstawił założenia kosztotwórcze i określił podstawowe koszty realizacji zamówienia. Odwołujący nie wykazał zasadności twierdzenia, iż wyjaśnienia nie korespondują z ceną. Wskazane w wyjaśnieniach okoliczności dotyczące tego, w jaki sposób Wykonawca zakłada wykonanie zamówienia, miało na celu uzasadnienie obniżenia ceny. To że Wykonawca nie wyliczył kosztów, jakie zaoszczędził na tej metodzie, nie oznacza, iż Zamawiający mając wiedzę o uwarunkowaniach, w jakich umowa będzie realizowana, nie mógł przyjąć okoliczności wskazanych, jako uzasadniających niższą cenę oferty.

W tej sytuacji Izba przychyliła się do oceny Zamawiającego uznając, iż Wykonawca uzasadnił niższą cenę wskazując na istotne okoliczności, których wpływ na niższą cenę też nie został w żaden sposób podważony w odwołaniu. Odwołujący skupił się wyłącznie na braku dowodów, a nie zawsze uzasadnienie ceny musi dokonać się przez szczegółową kalkulację kosztów z przedstawieniem szeregu dowodów, które oczywiście są istotne i w niektórych przypadkach niezbędne dla oceny zaoferowanej ceny pod kątem jej rażącego charakteru, niemniej jednak w okolicznościach niniejszej sprawy ich brak nie mógł przesądzać o niekorzystnym wyniku sprawy dla Przystępującego.

W ocenie Izby, Odwołujący nie wykazał, że złożone wyjaśnienia nie uzasadniały podanej w ofercie ceny, a co za tym idzie cena zaoferowana przez Przystępującego jest ceną rażąco niską. Złożone wyjaśnienia uzasadniają zaoferowaną cenę, a Odwołujący w ocenie Izby nie podważył skutecznie przedstawionych tam prostych wyliczeń. Zasadniczo wywody Odwołującego opierały się na własnych założeniach, które jednakże odbiegały od założeń Przystępującego.

Wobec powyższego Izba orzekła jak w sentencji.

Biorąc powyższe pod uwagę, o kosztach postępowania odwoławczego orzeczono stosownie do wyniku postępowania - na podstawie art. 557 oraz art. 575 ustawy Pzp oraz w oparciu o przepisy § 8 ust. 2 w zw. z § 5 pkt 1 i 2 rozporządzenia Prezesa Rady Ministrów z dnia 30 grudnia 2020 r. w sprawie szczegółowych rodzajów kosztów postępowania odwoławczego, ich rozliczania oraz wysokości i sposobu pobierania wpisu od odwołania (Dz. U. z 2020 r. poz. 2437).

Przewodniczący:……...