

WYROK
z dnia 15 grudnia 2023 r.

Krajowa Izba Odwoławcza - w składzie:

Przewodnicząca: Małgorzata Jodłowska

Protokolant: Tomasz Skowroński

po rozpoznaniu na rozprawie w dniu 13 grudnia 2023 r. w Warszawie odwołania wniesionego do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej w dniu 28 listopada 2023 r. przez wykonawcę **MS- EKO SPÓŁKA Z OGRANICZONĄ ODPOWIEDZIALNOŚCIĄ z siedzibą w Warszawie** w postępowaniu prowadzonym przez zamawiającego **Gminę Chlewiska**

orzeka:

1. Uwzględnia odwołanie w zakresie dotyczącym naruszenia art. 224 ust. 1 w zw. z art. 16 pkt 1) ustawy z dnia 11 września 2019 r. Prawo zamówień publicznych (t.j. Dz. U. z 2023 r., poz. 1605 ze zm.) i nakazuje Zamawiającemu unieważnienie czynności wyboru najkorzystniejszej oferty, powtórzenie czynności badania i oceny ofert, a w jej ramach wezwanie wykonawcy Marka Pogorzelskiego prowadzącego działalność gospodarczą pod firmą WYWÓZ NIECZYSTOŚCI PŁYNNYCH I STAŁYCH M. POGORZELSKI MAREK do złożenia wyjaśnień w oparciu o art. 224 ust. 1 ustawy Prawo zamówień publicznych
 2. Oddala odwołanie w pozostałym zakresie
 3. Kosztami postępowania odwoławczego obciąża wykonawcę **MS- EKO SPÓŁKA Z OGRANICZONĄ ODPOWIEDZIALNOŚCIĄ z siedzibą w Warszawie w części 4/5** oraz zamawiającego **Gminę Chlewiska w części 1/5**:
 - 3.1. zalicza w poczet kosztów postępowania odwoławczego kwotę **7 500 zł 00 gr** (słownie: siedem tysięcy pięćset złotych zero groszy) uiszczoną przez wykonawcę **MS- EKO SPÓŁKA Z OGRANICZONĄ ODPOWIEDZIALNOŚCIĄ z siedzibą w Warszawie** tytułem wpisu od odwołania
 - 3.2. zasądza od zamawiającego **Gminę Chlewiska** na rzecz wykonawcy **MS- EKO SPÓŁKA Z OGRANICZONĄ ODPOWIEDZIALNOŚCIĄ z siedzibą w Warszawie** kwotę **1 500 zł 00 gr** (słownie: jeden tysiąc pięćset złotych zero groszy) stanowiącą 1/5 sumy kosztów poniesionych przez wykonawcę **MS- EKO SPÓŁKA Z OGRANICZONĄ ODPOWIEDZIALNOŚCIĄ z siedzibą w Warszawie** z tytułu wpisu od odwołania
 - 3.3. znosi wzajemnie między Stronami koszty poniesione tytułem 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. 2023 r., poz. 1605 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.

Przewodnicząca:

Sygn. akt KIO 3589/23

UZASADNIENIE:

Zamawiający - Gmina Chlewiska prowadzi w trybie przetargu nieograniczonego postępowanie o udzielenie zamówienia publicznego pn: „Odbiór, transport i zagospodarowanie odpadów komunalnych z terenu Gminy Chlewiska”, nr referencyjny: ZP.271.22.2023.

Przedmiotowe postępowanie o udzielenie zamówienia publicznego jest prowadzone w trybie podstawowym bez negocjacji na podstawie ustawy z dnia 11 września 2019 r. Prawo zamówień publicznych, dalej: „ustawa Pzp”.

Szacunkowa wartość zamówienia nie przekracza progów unijnych określonych w przepisach wykonawczych wydanych na podstawie art. 3 ustawy Pzp.

Ogłoszenie o zamówieniu zostało opublikowane w Biuletynie zamówień publicznych w dniu 8 listopada 2023 r. pod numerem: 2023/BZP 00482892.

W postępowaniu tym wykonawca **MS- EKO SPÓŁKA Z OGRANICZONĄ ODPOWIEDZIALNOŚCIĄ z siedzibą w Warszawie** (dalej: „Odwołujący”) w dniu 28 listopada 2023 r. wniósł odwołanie do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej wobec czynności Zamawiającego podjętych w postępowaniu oraz zaniechań czynności, do których Zamawiający jest zobowiązany, tj.: wyboru przez Zamawiającego - Gminę Chlewiska jako oferty najkorzystniejszej w Postępowaniu oferty wykonawcy: Marka Pogorzelskiego prowadzącego działalność gospodarczą pod firmą Wywóz Nieczystości Płynnych i Stałych M.P. ul. Kopernika 5, 26-110 Skarżysko-Kamienna.

Odwołujący zarzucił Zamawiającemu naruszenie:

1. art. 224 ust. 1 w zw. z art. 223 ust. 1 w zw. z art. 224 ust. 6 w zw. z art. 226 ust. 1 pkt 5, 8 i 10 w zw. z art. 16 pkt 1 ustawy Prawo zamówień publicznych poprzez zaniechanie wyjaśnienia zaoferowanej w ofercie wykonawcy Wywóz Nieczystości Płynnych i Stałych M. Pogorzelski Marek ceny i jej istotnych elementów, w tym wskazania instalacji, do

których odpady będą przekazywane w celu ich zagospodarowania, co w dalszej kolejności skutkowało zaniechaniem odrzucenia oferty tego wykonawcy, pomimo że zawiera ona cenę rażąco niską w stosunku do przedmiotu zamówienia, ewentualnie błędy w obliczeniu tej ceny, jak też założenia wyceny niezgodne z warunkami zamówienia określonymi w specyfikacji warunków zamówienia i przepisach prawa, a w dalszej kolejności również naruszeniem uczciwej konkurencji pomiędzy wykonawcami i przejrzystości postępowania o udzielenie zamówienia publicznego,

2. ewentualnie art. 226 ust. 1 pkt 5, 8 i 10 oraz art. 224 ust. 6 w zw. z art. 16 pkt 1 ustawy Prawo zamówień publicznych poprzez zaniechanie odrzucenia tej oferty, pomimo że zawiera ona cenę rażąco niską w stosunku do przedmiotu zamówienia, ewentualnie błędy w obliczeniu tej ceny, jak też założenia wyceny niezgodne z warunkami zamówienia określonymi w specyfikacji warunków zamówienia i przepisach prawa, co skutkuje naruszeniem uczciwej konkurencji pomiędzy wykonawcami i przejrzystości postępowania o udzielenie zamówienia publicznego - w przypadku, gdyby Zamawiający wezwał wykonawcę Wywóz Nieczystości Płynnych i Stałych M. Pogorzelski Marek, w trybie art. 224 ust. 1 ustawy Prawo zamówień publicznych, do wyjaśnienia tej ceny, o czym Odwołujący obecnie nie posiada wiedzy,

3. art. 253 ust. 1 pkt 1 w zw. z art. 16 pkt 1 i 2 ustawy Prawo zamówień publicznych poprzez zaniechanie powiadomienia Odwołującego o wyborze najkorzystniejszej oferty, co w konsekwencji doprowadziło do naruszenia zasady uczciwej konkurencji i równego traktowania wykonawców oraz naruszenia zasady przejrzystości postępowania.

Odwołujący wniósł o uwzględnienie odwołania oraz nakazanie Zamawiającemu:

1. unieważnienia czynności badania i oceny ofert i wyboru oferty najkorzystniejszej,

2. wezwania wykonawcy Wywóz Nieczystości Płynnych i Stałych M. Pogorzelski Marek do wyjaśnienia zaoferowanej w ofercie ceny i jej części składowych, w tym wskazania instalacji, do których odpady będą przekazywane w celu ich zagospodarowania, oraz zasądzenie na rzecz Odwołującego kosztów postępowania odwoławczego.

W uzasadnieniu powyższych zarzutów i żądań Odwołujący wskazał:

Ad. zarzutów nr 1 i 2

Odwołujący przytoczył treść art. 224 ust. 1 oraz ust. 6, art. 223 ust. 1, art. 226 ust. 1 pkt 5), pkt 8) oraz pkt 10), art. 16 pkt 1 i 2 ustawy Prawo zamówień publicznych.

Odwołujący wskazał, że w postępowaniu złożono oferty z następującymi cenami:

Nr	Nazwa (firma) i adres Wykonawcy	Cena oferty (brutto
1	Przedsiębiorstwo Usług Komunalnych ATK Recykling Tomasz Kucharczyk w spadku, ul. Tamobrzeska 6, 26-600 Radom	722 001,60 zł
2	Wywóz Nieczystości Płynnych i Stałych M. MP., 26-110 Skarżysko-Kamienna ul. Kopernika 5	655 372,08 zł
3	Ekola Sp. z o.o. ul. Energetyków 25, 26-600 Radom	955 776,00 zł
4	MS-EKO sp. z o.o. ul. Mądlińska 129 lok U 7, 03-186 Warszawa	714 873,60 zł
5	Konsorcjum Firm EKO ZULEN SP. Z O.O. Guzów 20L, 26-505 Orońsko - Lider Konsorcjum, Usługi ekologiczne EKO-JAS KRZYSZTOF JANAS-GARNO Ul. Kasztanowa 21, 26-625 Wolanów - Partner	759 888,00 zł (powinno być: 765 558,00 zł)
6	Przedsiębiorstwo Usług Komunalnych EKO ESTETYKA Młdecki s.j. ul. Starokrakowska 137, 26-600 Radom	792 007,20 zł

W ocenie Odwołującego z samego zestawienia cen ofert, w którym cena gros ofert przekracza 700 tysięcy złotych, cena oferty Wywóz Nieczystości Płynnych i Stałych M. Pogorzelski Marek jest znacznie niższa niż ceny pozostałych ofert, co już samo w sobie powinno wzbudzić wątpliwości Zamawiającego co do możliwości wykonania przedmiotu zamówienia za wskazaną w ofercie cenę, zwłaszcza że, jak wynika z informacji zawartych w Bazie Danych o produktach i opakowaniach oraz o gospodarce Odpadami (BDO), Wywóz Nieczystości Płynnych i Stałych M. Pogorzelski Marek nie posiada instalacji do przetwarzania odpadów komunalnych, jak też odpadów o innych kodach stanowiących przedmiot niniejszego zamówienia - brak wpisów o takowych w BDO, co potwierdzają załączone zrzuty ekranów z Bazy Danych o produktach i opakowaniach oraz o gospodarce Odpadami. Również lokalizacje wszystkich wykonawców są do siebie zbliżone (są to wykonawcy działający lokalnie - także Odwołujący, pomimo że jego oficjalna siedziba mieści się w Warszawie). Z kolei niektóre frakcje odpadów w ogóle nie są odbierane lokalnie i muszą być przewożone do bardziej oddalonych instalacji, ewentualnie instalacje z bliższymi lokalizacjami oferują wyższe ceny, zatem sumarycznie koszt odbioru i zagospodarowania odpadów nie jest niższy. Po stronie wykonawcy Wywóz Nieczystości Płynnych i Stałych M. Pogorzelski Marek nie występują więc żadne okoliczności, które pozwalałyby uznać, że są mu dostępne szczególnie korzystne warunki wykonania zamówienia. Chyba że takowe okoliczności wykazałby on w ramach wyjaśnienia zaoferowanej ceny.

Przeciwnie - jeśli firma nie przetwarza sama części odpadów, to koszt odbioru wzrasta, ponieważ odpad musi zawieźć bezpośrednio do przetwórcy, instalacji do przetwarzania odpadów komunalnych albo - w przypadku małych ilości odpadów - do podmiotu zbierającego odpady (co dotyczy ewentualnie odpadów z PSZOK). Również za zagospodarowanie odpadów Wywóz Nieczystości Płynnych i Stałych M. Pogorzelski Marek będzie musiało zapłacić ceny

żądane przez te podmioty.

Rzeczywiste koszty odbioru i zagospodarowania odpadów są trudne (a wręcz niemożliwe) do ocenienia bez uzyskania informacji o instalacjach, do których trafią odpady odbierane przez Wywóz Nieczystości Płynnych i Stałych M. Pogorzelski Marek, a tym samym bez żądania wyjaśnień treści oferty zarówno w zakresie przewidywanych kosztów wykonania zamówienia przez Wywóz Nieczystości Płynnych i Stałych M. Pogorzelski Marek, jak i samych instalacji. Zamawiający bowiem nie żądał w ofercie wskazania tych instalacji, chociaż, zgodnie z art. 6d ust. 4 pkt 5 ustawy z dnia 13 września 1996 r. o utrzymaniu czystości i porządku w gminach, miał obowiązek w dokumentach zamówienia zobowiązać wykonawców do wskazania takich instalacji w ofercie, ewentualnie, w przypadku niewielkich ilości odpadów selektywnie zbieranych, wskazanie podmiotu zbierającego te odpady.

Niemniej niezależnie od powyższego zaniechania, żądanie wskazania tych instalacji lub podmiotów zbierających odpady, jest konieczne na obecnym etapie ze względu na konieczność stwierdzenia, czy oferta wykonawcy Wywóz Nieczystości Płynnych i Stałych M. Pogorzelski Marek jest realna kosztowo i zgodna z przepisami i wymaganiami specyfikacji warunków zamówienia.

Należy zauważyć, że świadczenie usług w zakresie odbioru, transportu i zagospodarowania odpadów jest działalnością ściśle regulowaną przepisami prawa, tym samym nie jest obojętne ani to, do jakiej instalacji trafią odpady, ani też pod jakim kodem odbioru. Wykonawca w tabeli wyceny zawartej w formularzu oferty miał wycenić konkretną, wskazaną przez Zamawiającego, ilość odpadów o danym kodzie. Tym samym przy dokonywaniu wyceny wykonawca nie był uprawniony do czynienia założeń, że odbierze odpady w innej ilości lub o innym kodzie niż wskazane w specyfikacji warunków zamówienia, jak też, że „przeniesie” koszt odbioru danych odpadów do innej pozycji. Takie założenia świadczyłyby o niezgodności treści oferty z postanowieniami specyfikacji warunków zamówienia, jak też ewentualnych błędach w obliczeniu kosztu odbioru poszczególnych frakcji odpadów, a tym samym i ceny oferty dla tych frakcji, a finalnie - także ceny całej oferty.

Wątpliwości Zamawiającego powinna wzbudzić nie tylko sumaryczna cena oferty wykonawcy Wywóz Nieczystości Płynnych i Stałych M. Pogorzelski Marek, ale także – w szczególności wycena niektórych frakcji odpadów, która znacząco odbiega od wyceny innych wykonawców. Należy podkreślić, że wszyscy wykonawcy starają się optymalizować wyceny swoich ofert, jak też poszukują instalacji, które oferują najkorzystniejsze warunki zagospodarowania odpadów, uwzględniając też koszty transportu do tych instalacji.

W ofercie wykonawcy Wywóz Nieczystości Płynnych i Stałych M. Pogorzelski Marek zaferowano następujące ceny:

	Rodzaj odpadu odebranych mobilnie od mieszkańców	Szacowana ilość odpadów w okresie realizacji zamówienia (Mg)	Wartość jednostkowa odbioru 1 Mg odpadów Netto	Wartość szacunkowa odbioru odpadów netto
1.	Żużle i popioły paleniskowe	35	330,00	11 550,00
2.	Odpady biodegradowalne	35	550,00	19 250,00
3.	Odpady zmieszane	380	930,00	353 400,00
4.	Odpady z papieru	10	350,00	3 500,00
5.	Odpady z plastiku	140	450,00	63 000,00
6.	Odpady ze szkła	115	350,00	40 250,00
7.	Odpady wielkogabarytowe	30	1290,00	38 700,00
8.	Odpady sprzętu elektrycznego i elektronicznego	7	350,00	2 450,00
9.	Opony od samochodów osobowych	20	350,00	7 000,00
10.	Odpady remontowe Odpady porozbiórkowe	0	0	0
11.	Leki inne niż wymienione w 20 01 31	0	0	0
12.	Przeteminowane leki i chemikalia	0,10	7 000,00	700,00
13.	Odpady niebezpieczne	0	0	0
	Razem netto mobilna			539 800,00

oraz

Lp.	Rodzaj odpadu odebranych Z PSZOK	Szacowana ilość odpadów w okresie realizacji zamówienia (Mg)	Wartość jednostkowa odbioru 1 Mg odpadów netto	Wartość szacunkowa odbioru odpadów netto
1	2	3	4	5
1.	Żużle i popioły paleniskowe	1	330,00	330,00

2.	Odpady biodegradowalne	1	550,00	550,00
3.	Odpady zmieszane	2	930,00	1 860,00
4.	Odpady z papieru	1	350,00	350,00
5.	Odpady z plastiku	2	450,00	900,00
6.	Odpady ze szkła	5	350,00	1 750,00
7.	Odpady wielkogabarytowe	10	1 290,00	12 900,00
8.	Odpady sprzętu elektrycznego i elektronicznego	3	350,00	1 050,00
9.	Opony od samochodów osobowych	5	350,00	1 750,00
10.	Odpady poremontowe	30	1 490,00	44 700,00
	Odpady porozbiórkowe			
11.	Leki inne niż wymienione w 20 01 31	0,01	7 000,00	70,00
12.	Przeterminowane leki i chemikalia	0,02	800,00	16,00
13.	Odpady niebezpieczne	1,0	800,00	800,00
	Razem netto PSZOK			6 7026,00

Wątpliwości budzą w szczególności frakcje: żużle i popioły paleniskowe - 350 zł, odpady biodegradowalne - 550 zł, odpady z plastiku - 450 zł; odpady sprzętu elektrycznego i elektronicznego - 350 zł; opony od samochodów osobowych - 350 zł; przeterminowane leki i chemikalia - 800 zł; odpady niebezpieczne - 800 zł.

Jak wynika z zebranych przez Odwołującego cenników poszczególnych instalacji - znajdujących się w pobliżu siedziby Zamawiającego i wykonawcy Wywóz Nieczystości Płynnych i Stałych M. Pogorzelski Marek, tj. PPUH „RADKOM” Sp. : o.o. <http://www.radkom.com.pl/wp-content/uploads/2022/11/uchwala-nr-16-zarządu-ppuh-radkom-sp.-z-o-o..pdf> oraz PGK KOŃSKIE <https://pgkkonskie.pl/wp-content/uploads/2022/11/Cennik-oplat-za-przyjmowanie-odpadow-komunalnych-od-01012023.pdf>, już często sam koszt przyjęcia danej frakcji odpadu do zagospodarowania jest równy lub wyższy niż cena zaoferowana przez Wywóz Nieczystości Płynnych i Stałych M. Pogorzelski Marek za realizację całego zamówienia dla danej frakcji odpadów. Ewentualnie jest wyższy już po uwzględnieniu kosztów transportu. Pozwala to na stwierdzenie, że Zamawiający powinien był powziąć podejrzenia, że wskazane w ofercie istotne części składowe ceny (cena za odbiór poszczególnych frakcji), a tym samym i zaoferowana cena wykonania całego zamówienia, wydają się rażąco niskie w stosunku do przedmiotu zamówienia i budzą wątpliwości co do możliwości wykonania przedmiotu zamówienia zgodnie z wymaganiami określonymi w dokumentach zamówienia lub wynikającymi z odrębnych przepisów i zażądać od wykonawcy Wywóz Nieczystości Płynnych i Stałych M. Pogorzelski Marek wyjaśnień, w tym złożenia dowodów w zakresie wyliczenia ceny oferty i kosztu wykonania zamówienia, w szczególności ich części składowych dotyczących odbioru i zagospodarowania następujących odpadów, w szczególności co do odpadów frakcji: żużle i popioły paleniskowe, odpady biodegradowalne, odpady z plastiku, odpady sprzętu elektrycznego i elektronicznego, opony od samochodów osobowych - zarówno pod kątem możliwości wystąpienia w ofercie rażąco niskiej ceny, jak i ewentualnej niezgodności ze specyfikacją warunków zamówienia i przepisami prawa co do przewidywanego sposobu ich zagospodarowania.

Odwołujący powyższe wątpliwości powziął zarówno w oparciu o znajomość cen poszczególnych instalacji, jak i kosztów odbioru i transportu tych odpadów do tych instalacji, jak i ceny zaoferowane przez pozostałych wykonawców - bowiem koszt netto odbioru i zagospodarowania tych odpadów wynikający ze złożonych ofert wynosi:

Opis usługi	Przedsiębiorstwo Usług Komunalnych ATK Recykling Tomasz Kucharczyk	Wywóz Nieczystości Płynnych i Stałych M. P.P.	Ekola Sp. z o.o.	MS-EKO sp. z o.o.	Konsorcjum Firm EKOZULEN SP. Z O.O.	Przedsiębiorstwo Usług Komunalnych EKO ESTETYKA Malecki s.j.	Średnia wszystkich ofert
Żużle i popioły paleniskowe	500,00 zł	330,00	800,00 zł	715,00 zł	650,00 zł	500,00 zł	582,50 zł
Odpady biodegradowalne	800,00 zł	550,00 zł	1000,00 zł	715,00 zł	800,00 zł	950,00 zł	802,50 zł
Odpady z plastiku	800,00	450,00	900,00 zł	650,00 zł	800,00 zł	900,00 zł	750,00 zł
Odpady sprzętu elektrycznego i elektronicznego	800,00	350,00	900,00 zł	700,00 zł	500,00 zł	500,00 zł	625,00 zł
Opony od samochodów osobowych	700,00	350,00	900,00 zł	700,00 zł	400,00 zł	600,00 zł	608,33 zł

Dodatkowo instalacje standardowo wymagają dowiezienia do nich odpadów, zatem do kosztów zagospodarowania

należy doliczyć także koszt transportu odpadów do instalacji, a w przypadku odpadów, co do których Zamawiający wymaga ich odbioru bezpośrednio od mieszkańców - także koszt ich odbioru.

Obliczenie dokładnych kosztów transportu jest niemożliwe bez wskazania przez Wywóz Nieczystości Płynnych i Stałych M. Pogorzelski Marek, która frakcja odpadów zostanie przekazana do której instalacji, jakim rodzajem pojazdu i z jaką częstotliwością, dlatego można tylko przykładowo wskazać, że przy założeniu, że wykonawca Wywóz Nieczystości Płynnych i Stałych M. Pogorzelski Marek będzie współpracował z pobliską instalacją PPUH „RADKOM” Sp. z o.o. Odwołujący w formie tabeli przedstawił szacunkowe koszty transportu.

Odwołujący podkreślił, że w przypadku odbioru, transportu i zagospodarowania odpadów „wymagania wynikające z odrębnych przepisów”, o których mowa w art. 224 ust. 1 ustawy Prawo zamówień publicznych, dotyczących gospodarowania odpadami, są wyjątkowo szczegółowe i restrykcyjne, zatem wykonawcy nie mają tu zbyt dużego pola do optymalizacji sposobu wykonania zamówienia, a tym samym i optymalizacji cen. Oprócz tego, że wykonawcy byli zobowiązani wycenić w ofercie wskazaną przez Zamawiającego ilość odpadów o wskazanym kodzie, bez dokonywania zmian w obu tych założeniach, to dodatkowo, musieli wziąć pod uwagę, że instalacje mogą przyjąć tylko tyle odpadów o danym kodzie, ile mają mocy przerobowych. Tym samym instalacje najtańsze nie zawsze są realnie dostępne, co należy wziąć pod uwagę przy formułowaniu oferty. Do tego instalacje oferujące niższe ceny nie zawsze są najkorzystniejsze, jeżeli weźmie się pod uwagę koszt transportu odpadów do tych instalacji.

Ad zarzutu nr 3

Odwołujący przytoczył treść art. 253 ust. 1 pkt 1 ustawy Prawo zamówień publicznych.

Zamawiający, 23 listopada 2023 r., zamieścił na stronie internetowej prowadzonego postępowania informację o wyniku postępowania. Jednocześnie Zamawiający zaniechał powiadomienia Odwołującego o wyborze najkorzystniejszej oferty. Zgodnie z treścią rozdz. XIII ust. 1 SWZ*W postępowaniu o udzielenie zamówienia publicznego komunikacja między Zamawiającym a wykonawcami odbywa się przy użyciu Platformy e-Zamówienia, która jest dostępna pod adresem [https://ezamowienia.gov.pl.](https://ezamowienia.gov.pl), następnie w ust. 11 Zamawiający wskazał, że Komunikacja w postępowaniu, z wyłączeniem składania ofert odbywa się drogą elektroniczną za pośrednictwem formularzy do komunikacji dostępnych w zakładce „Formularze” („Formularze do komunikacji”). Za pośrednictwem „Formularzy do komunikacji” odbywa się w szczególności przekazywanie wezwań i zawiadomień, zadawanie pytań o udzielanie odpowiedzi. Formularze do komunikacji umożliwiają również dołączenie załącznika do przesyłanej wiadomości (przycisk „dodaj załącznik”).* Odwołujący nie otrzymał wskazanego wyżej powiadomienia przez platformę e-zamówienia, również na adres e-mail Odwołującego wskazany w Formularzu oferty nie została przesłana informacja o wyniku postępowania.

Określony w art. 253 ust. 1 pkt 1 ustawy Prawo zamówień publicznych obowiązek informacyjny służy realizacji zasad jawności i przejrzystości prowadzonego postępowania oraz zachowaniu równego traktowania wykonawców i uczciwej konkurencji. Zamawiający zobowiązany jest wykonać go niezwłocznie po wyborze najkorzystniejszej oferty i równocześnie wobec wszystkich wykonawców, którzy złożyli oferty. Określenie „niezwłocznie” oznacza konieczność poinformowania wykonawców bez zbędnej zwłoki, czyli bez nieusprawiedliwionego opóźnienia, co sprzyja również ekonomice postępowania.

Ze względu na powyższe zaniechanie Zamawiającego Odwołujący o wyborze ofert najkorzystniejszej realnie dowiedział się dopiero 27 listopada 2023 r., co narusza jego prawa jako wykonawcy, w tym w szczególności do skorzystania z prawa do obrony swoich interesów w ramach przewidzianych środków ochrony prawnej.

W złożonej pismem z dnia 12 grudnia 2023 r. odpowiedzi na odwołanie, Zamawiający nie uwzględnił zarzutów zawartych w odwołaniach i wniósł o ich oddalenie w całości.

W uzasadnieniu Zamawiający wskazał m.in.:

Ad 1) i ad 2)

Zamawiający wskazał, że ustawa Pzp nie zawiera definicji rażąco niskiej ceny dlatego pozostaje w tym względzie posiłkować się orzeczeniami KIO. Zamawiający przywołał tezy wyroków sądów powszechnych jak również Krajowej Izby Odwoławczej. Wskazał również treść opinii prawnej UZP zamieszczonej na stronie www.uzp.gov.pl. Zamawiający przywołał treść art. 224 ust. 2 pkt 1 ustawy Pzp.

W dalszej części pisma Zamawiający wskazał, że szacunkowa wartość zamówienia powiększona o należny podatek VAT 8% wynosi 713 026,66 zł brutto. A więc cena oferty M.M. jest około 8,09 % niższa od wartości szacunkowej powiększonej o należny podatek VAT. Z kolei średnia arytmetyczna cen wszystkich złożonych ofert to 767 597,84 zł brutto, co oznacza, że cena oferty M.M. jest o 14,62% niższa od średniej arytmetycznej cen wszystkich złożonych ofert. Trudno więc w tej sytuacji mówić, że mamy do czynienia z rażąco niską ceną w świetle przepisów ustawy PZP - te dane liczbowe pokazują wyraźnie, że nie ma mowy o rażąco niskiej cenie w rozumieniu art. 224 ust 2 ustawy PZP.

Zamawiający pragnie zauważyć, że Odwołujący kilkakrotnie używa zwrotu „powinno wzbudzić wątpliwości Zamawiającego”. Zwrot ten należy zestawić z brzmieniem art. 224 ust.1 ustawy PZP, zgodnie z którym „jeżeli zaofferowana cena lub koszt, lub ich istotne części składowe, wydają się rażąco niskie w stosunku do przedmiotu

zamówienia lub budzą wątpliwości zamawiającego co do możliwości wykonania przedmiotu zamówienia zgodnie z wymaganiami określonymi w dokumentach zamówienia”. Artykuł ten wyraźnie wskazuje, że to Zamawiający musi powziąć wątpliwości co do wysokości zaoferowanej ceny a nie wykonawca biorący udział w postępowaniu. Decyzja co do żądania wyjaśnień w zakresie rażąco niskiej ceny jest suwerenną decyzją Zamawiającego w sytuacji, kiedy cena oferty jest niższa o 30% od szacunkowej wartości powiększonej o VAT lub od średniej arytmetycznej cen złożonych ofert.

Zamawiający zwrócił uwagę, że firma MS-EKO również nie posiada instalacji do przetwarzania odpadów komunalnych co potwierdza informacja zawarta w BDO. Firma posiada jedynie zezwolenie na zbieranie odpadów.

Jest to o tyle istotne, że Odwołujący używa argumentu braku posiadania przez M.M. instalacji do przetwarzania opadów jako dowodu na rzekomo rażąco niską cenę. Zamawiający zwrócił uwagę, że różnica pomiędzy ceną Odwołującego a wybranym Wykonawcą to zaledwie 8,32%. A więc jest to zwykła różnica biznesowa wynikająca z różnicy w przyjętej marży. Odwołujący także nie posiada instalacji do przetwarzania odpadów a mimo to jego oferta jest zaledwie 8,32% wyższa od wybranej oferty. Tak więc brak instalacji nie jest żadnym dowodem na rażąco niską cenę wybranej oferty.

Zamawiający zaznaczył, że Odwołujący nie posiada wiedzy na temat funkcjonowania firmy M.M., jej kosztów stałych czy też kosztów związanych z odbiorem i zagospodarowaniem odpadów.

Zamawiający odwołujący się do treści odwołania wskazał, że Odwołujący sam potwierdza, że rzeczywiste koszty odbioru i zagospodarowania odpadów są trudne (a wręcz niemożliwe) do oceny a mimo to próbuje w sposób nieudolny, nieoparty żadnymi dowodami, forsować tezę o rzekomo rażąco niskiej cenie.

Dalej, ceny za odbiór i zagospodarowanie frakcji we wskazanych przez MS EKO instalacjach są niższe niż te które oferuje M.M.:

Frakcja	Cena netto M.M.	Cena netto RADKOM	Cena netto PGK Końskie
Żużel i popioły paleniskowe	330 zł netto	115 zł netto (poza nr 12 zał. nr 2 do uchwały)	
Odpady biodegradowalne	550 zł		500 zł (pozycja nr 29)
Odpady z plastiku	450 zł	242 zł (poz. nr 2 Zał nr 1 do uchwały)	

To zestawienie pokazuje wyraźnie, że teza Odwołującego, iż „koszt przyjęcia danej frakcji odpadu do zagospodarowania jest równy lub wyższy niż cena zaoferowana przez M.M.” jest NIEPRAWDZIWIWAW kwestii pozostałych dwóch pozycji: odpady sprzętu elektrycznego i elektronicznego oraz opony od samochodów osobowych stanowisko zajmie Przystępujący i przedstawi na tę okoliczność stosowne dowody.

Faktem jest, że w świetle art. 224 ust. 1 PZP wezwanie do złożenia wyjaśnień może dotyczyć również istotnych części składowych ceny lub kosztu. Pojęcie „istotnej części składowej ceny lub kosztu” należy rozumieć jako część, która w znacznym stopniu, bardziej niż pozostałe składniki, przyczynia się do powstawania kosztów po stronie wykonawcy (...). W odróżnieniu od ceny całkowitej nie ma jednak zastosowania przepis o 30-procentowej różnicy od takich wartości w ofertach innych wykonawców (Wyrok SO w Warszawie z dnia 3 stycznia 2018 r., sygn. akt XXIII Ga 1547/17)”. Wykonawca może dowolnie przenosić koszty między pozycjami. To jest indywidualny sposób prowadzenia biznesu. Istotność części składowych ceny należy definiować przez pryzmat ich znaczenia dla wykonania przedmiotu zamówienia. Znaczenie to może mieć charakter zarówno merytoryczny (jeśli określone elementy składające się na przedmiot zamówienia są kluczowe z punktu widzenia osiągnięcia prawidłowego efektu końcowego danego zamówienia) lub wartościowy (jeśli wartość tych składowych ma istotny udział w wartości całkowitej oferty) - sygn. akt KIO 1289/20. Zamawiający ma prawo do badania pod kątem rażąco niskiej ceny nie tylko ceny „globalnej”, ale i części składowych ceny. Jednak badanie to powinno nastąpić wtedy, kiedy okoliczności wskazują na możliwość, że mogło dojść do zaoferowania ceny na poziomie rażąco niskim. Nie ma powodu badania każdego składnika cenowego w sytuacji, kiedy jest on niższy od cen podanych przez innych wykonawców (sygn. KIO 9/22). Należy także pamiętać, że KIO wydawało wyroki także w sprawach, kiedy wykonawca wycenił daną pozycję na „0 zł” i nie było to uznane przez Izbę za rażąco niską cenę. Wskazanie kwoty „0 zł” stanowi więc wycenę danej pozycji w przeciwieństwie do braku podania jakiegokolwiek wartości liczbowej, który należałoby uznać za brak wyceny, czyli podając kwotę „0 zł” wykonawca wskazał jaką wartość dla niego przedstawia. W ocenie Izby, nie można uznać dokonanej w taki sposób wyceny jako niedopuszczalnej w kontekście postanowień SIWZ, gdyż specyfikacja nie zastrzegła niedopuszczalności takiej wyceny poszczególnych usług (Wyrok z dnia 9 lipca 2014 r., KIO 1302/14). Zamawiający przytoczył tezę wyroku Krajowej Izby Odwoławczej z dnia 25 lutego 2019 r. w sprawie o sygn. akt KIO 259/19. Zgodnie z ustawą PZP Zamawiający bada w toku wyjaśnień ceny jednostkowe, o ile ma co do nich wątpliwości, ale ofertę dorzuca tylko wtedy jeśli w wyniku tego badania dojdzie do wniosku, że cena całkowita oferty została znacząco zaniżona. Odwołujący nie wykazał w sposób skuteczny, dlaczego wskazane pozycje są kluczowe z punktu widzenia osiągnięcia prawidłowego efektu końcowego zamówienia. Patrząc na całą argumentację Odwołującego nie sposób nie odnieść wrażenia, że próbuje on niejako „na siłę” wmówić, że Zamawiający powinien mieć wątpliwości co do zaoferowanej ceny, oraz że cena M.M. jest rażąco niska.

Bez względu na użyte argumenty Odwołujący nie dokonał jednej podstawowej czynności, NIE WYKAZAŁ, ŻE CEN

JEST RAŻĄCO NISKA! Szeroko prezentowane jest w orzecznictwie Izby stanowisko, zgodnie z którym ciężar dowodu ustalony zgodnie z art. 537 ustawy PZP nie ma charakteru absolutnego i nie zwalnia Odwołującego, który podnosi zarzut rażąco niskiej ceny, od obowiązku wykazania i udowodnienia okoliczności, które czyni podstawą zarzutu rażąco niskiej ceny, zgodnie z 534 ust. 1 ustawy, zwłaszcza w sytuacji, gdy Zamawiający nie miał wątpliwości co do realności ceny oferty. Innymi słowy treść art. 537 ustawy PZP nie uprawnia Odwołującego do poprzestania na samych twierdzeniach i przerzuceniu na uczestnika postępowania lub Zamawiającego ciężaru dowodu (tak np. w wyroku KIO 145/22).

Zamawiający przytoczył tezę wyroku Krajowej Izby Odwoławczej z dnia 25 kwietnia 2023 r. w sprawie o sygn. akt KIO 920/23; wyroku Krajowej Izby Odwoławczej z dnia 30 listopada 2021 r. w sprawie o sygn. akt KIO 3273/21.

Zamawiający wskazał, że różnica pomiędzy ofertą Odwołującego a ofertą wybraną wynosi 8,32%. Różnica pomiędzy ceną wybranej oferty a średnią arytmetyczną cen złożonych ofert wynosi 14,62%. To pokazuje wyraźnie, że zaoferowana cena jest ceną rynkową a różnice wynikają jedynie z wysokości przyjętej marży.

Ad 3

Potwierdzenie z Platformy, na której jest prowadzone postępowanie było dla Zamawiającego dowodem na to, że wezwanie zostało dostarczone skutecznie. Nie jest winą Zamawiającego, że Wykonawca posiada dwa konta na platformie e-zamówienia. Zamawiający nie jest odpowiedzialny za monitorowanie tego czy Wykonawca odebrał wiadomość.

Zarzut kompletnie nietrafiony, ponieważ Zamawiający poinformował skutecznie Odwołującego o wyniku postępowania.

Zawiadomienie o wyborze przesłane skutecznie w dniu 23.11.2023 r. o godz. 11:34:42

sha256:239fe305f157894746d83b705c30b273d15051437c306dbbf5fa3d98a755774c

System nie wykazał błędu. Gdyby taki błąd się pojawił w trakcie wysłania wiadomości wówczas Zamawiający nie otrzymałby potwierdzenia o skutecznym przesłaniu informacji.

Zamawiający przywołał tezę wyroku Krajowej Izby Odwoławczej z dnia 7 grudnia 2023 r. w sprawie o sygn. akt KIO 3489/23.

Zamawiający podkreśla, że Odwołujący posiada dwa konta i dane w obu przypadkach są dokładnie takie same.

niczym się od siebie nie różnią, poza tym, że raz zwrot „MS-EKO sp. z o.o.” jest napisany skrótem a w drugim koncie pełnym zwrotem „MS-EKO SPÓŁKA Z OGRANICZONĄ ODPOWIEDZIALNOŚCIĄ” Są te same adresy, ten sam REGON. Zamawiający skutecznie poinformował Odwołującego o wyniku postępowania. Dowód - potwierdzenia z platformy <https://ezamowienia.gov.pl> wskazane poniżej. To Wykonawca jako profesjonalista powinien zadbać albo o to, żeby mieć jedno konto na platformie albo odbierać wiadomości z obu kont. Na zrzutach wyraźnie widać, że dane podmiotu – konta są identyczne, a więc Zamawiający wysyłając ofertę nie miał wątpliwości, że wysłał do właściwego Wykonawcy bez względu na to, które konto by wybrał.

Zamawiający przywołał tezę wyroku Krajowej Izby Odwoławczej z dnia 10 stycznia 2018 r. w sprawie o sygn. akt KIO 2686/17; z dnia 18 sierpnia 2021 r. w sprawie o sygn. akt KIO 2350/21.

Mając na uwadze powyższe, w ocenie Zamawiającego Zamawiający skutecznie poinformował Odwołującego o wyniku postępowania. To Odwołujący nie dołożył należytej staranności w swoim działaniu. Poza tym Odwołujący skutecznie wniósł odwołanie więc uzyskał informację o wyniku postępowania w stosownym czasie. Mógł tę informację uzyskać bezpośrednio z platformy albo wchodząc na swoje konto. Zaś kiedy odczytał wiadomość na swoim koncie lub platformie tego Zamawiający nie wie. Zrobił to jednak na tyle wcześnie, że skutecznie wniósł odwołanie.

Wykonawca M.P. prowadzący działalność gospodarczą pod firmą WYWÓZ NIECZYSTOŚCI PŁYNNYCH I STAŁYCH M. POGORZELSKI MAREK (dalej: „M.”) zgłosił przystąpienie do postępowania odwoławczego po stronie Zamawiającego.

Krajowa Izba Odwoławcza po przeprowadzeniu rozprawy z udziałem Stron oraz Uczestnika postępowania, uwzględniając dokumentację postępowania o udzielenie zamówienia publicznego, w tym w szczególności treść specyfikacji warunków zamówienia wraz z załącznikami, ofertę wykonawcy M. jak również biorąc pod uwagę oświadczenia i stanowiska Stron wyrażone w odwołaniu jak również w odpowiedzi na odwołanie, piśmie procesowym, 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 przez niego szkody w wyniku kwestionowanych czynności Zamawiającego.

Izba nie dopuściła do udziału w postępowaniu odwoławczym wykonawcę Marka Pogorzelskiego prowadzącego działalność gospodarczą pod firmą WYWÓZ NIECZYSTOŚCI PŁYNNYCH I STAŁYCH M. POGORZELSKI MAREK.

Zgodnie z art. 525 ust. 1 ustawy Pzp wykonawca może zgłosić przystąpienie do postępowania odwoławczego w terminie 3 dni od dnia otrzymania kopii odwołania. Dla dochowania terminu nie wystarczy nadanie przystąpienia w formie

pisemnej za pomocą operatora pocztowego, w rozumieniu ustawy z dnia 23 listopada 2012 r. – Prawo pocztowe. Dla oceny, czy termin został zachowany rozstrzygająca jest data, kiedy zgłoszenie przystąpienia realnie dotarło do Krajowej Izby Odwoławczej, a nie kiedy zostało nadane.

W przedmiotowej sprawie kopia odwołania została wykonawcy M. przekazana w dniu 30 listopada 2023 r. Co za tym idzie, termin zgłoszenia przystąpienia do przedmiotowego postępowania odwoławczego upłynął 4 grudnia 2023 r. Tymczasem zgłoszenie przystąpienia wykonawcy M. wpłynęło do Krajowej Izby Odwoławczej po wskazanym wyżej terminie, mianowicie 5 grudnia 2023 r.

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

1. Odwołującego wraz z odwołaniem, a mianowicie: zrzut ekranu BDO wykonawcy M., cenniki przyjęcia odpadów, zrzut ekranu platformy e-zamówienia oraz na posiedzeniu niejawnym z udziałem Stron, tj.: cenniki za przyjęcie odpadów, tabelę porównawczą, zrzut ekranu platformy e-zamówienia.
2. Zamawiającego wraz z odpowiedzią na odwołanie, a mianowicie: cenniki za przyjęcie odpadów, zrzuty ekranu z platformy e-zamówienia, potwierdzenie ze skrzynki e-mail, wpis do BDO MS-EKO.

Izba ustaliła następujący stan faktyczny:

Stan faktyczny pomiędzy Stronami w dużej mierze nie był sporny, wobec czego w tym zakresie wskazane okoliczności Izba uznała za ustalone na zasadzie przepisów art. 533 ust. 1 ustawy Pzp. W myśl art. 533 ust. 1 ustawy Pzp nie wymagają dowodów fakty przyznane w toku postępowania odwoławczego przez stronę przeciwną, jeżeli Izba uzna, że przyznanie nie budzi wątpliwości co do zgodności z rzeczywistym stanem rzeczy.

Poza sporem było w szczególności, że Zamawiający prowadzi w trybie przetargu nieograniczonego postępowanie o udzielenie zamówienia publicznego, którego przedmiotem jest odbiór, transport i zagospodarowanie odpadów komunalnych z terenu Gminy Chlewiska.

W formularzu ofertowym Zamawiający nie żądał wskazania instalacji, do których trafią odpady. Postanowienia SWZ w tym zakresie nie były kwestionowane.

Wskazane w odwołaniu ceny z oferty wykonawcy M. oraz pozostałych wykonawców odpowiadają rzeczywistości, wobec czego za zbędne należy uznać ich powtarzanie.

Kwestią sporną było czy w biorąc pod uwagę sumaryczną cenę oferty wykonawcy M. oraz wycenę wskazanych w odwołaniu frakcji odpadów, Zamawiający obowiązany był wezwać wskazanego wyżej wykonawcę do złożenia wyjaśnień w zakresie wyliczenia ceny.

Kolejną kwestią sporną było to czy Zamawiający doręczył Odwołującemu, za pomocą platformy e-zamówienia, informację o wyborze najkorzystniejszej oferty. Zamawiający przedłożył wraz z odpowiedzią na odwołanie zrzut ekranu z platformy e-zamówienia na którym to widać następujące nazwy kont Odwołującego: MS-EKO Sp. z o.o. oraz MS-EKC SPÓŁKA Z OGRANICZONĄ ODPOWIEDZIALNOŚCIĄ. Z rzutu ekranu Odwołującego widnieje konto o nazwie: MS- Sp. z o.o.

Izba dała wiarę w całości dowodom z dokumentów postępowania złożonych przez Zamawiającego oraz dowodom przedłożonym przez Stronę przy pismach oraz na posiedzeniu niejawnym gdyż nie były one przez Stronę kwestionowane, a Izba nie znalazła podstaw, aby z urzędu podważać ich wiarygodność i moc dowodową.

Izba zważyła, co następuje:

Biorąc pod uwagę zgromadzony w sprawie materiał dowodowy, poczynione ustalenia faktyczne oraz orzekając w granicach zarzutów zawartych w odwołaniu, Izba stwierdziła, że odwołanie zasługuje na uwzględnienie w części, mianowicie w zakresie dotyczącym naruszenia art. 224 ust. 1 w zw. z art. 16 pkt 1) ustawy Prawo zamówień publicznych.

Tytułem wstępu, art. 516 ust. 1 pkt 7) - 10) ustawy Pzp stanowi, że odwołanie powinno wskazywać czynność lub zaniechanie zamawiającego, którym zarzuca się niezgodność z przepisami ustawy, zawierać zwięzłe przedstawienie zarzutów, określać żądanie oraz wskazywać okoliczności faktyczne i prawne uzasadniające wniesienie odwołania. Zgodnie z art. 555 ustawy Pzp Izba nie może orzekać co do zarzutów, które nie były zawarte w odwołaniu. Granice rozpoznania sprawy przez Izbę są ściśle określone przez zarzuty odwołania odnoszące się do czynności lub zaniechań zamawiającego opartych na konkretnej i precyzyjnej podstawie faktycznej. Co za tym idzie, wykonawca w odwołaniu musi wskazać treść przepisu, który został przez zamawiającego naruszony, a w uzasadnieniu faktycznym podać wszystkie okoliczności potwierdzające zasadność twierdzeń wyrażonych w odwołaniu. Samo wskazanie czynności zamawiającego oraz naruszonych przez niego przepisów ustawy nie tworzy zarzutu. Zarzut jest substratem okoliczności faktycznych i prawnych, które powinny być wskazane w odwołaniu i to właśnie one zakreślają granice rozpoznania odwołania.

Izba wskazuje również, że to na odwołującym spoczywa ciężar wykazania słuszności podniesionych zarzutów. Zarzuty odwołania powinny być skonstruowane i uzasadnione w sposób jasny i precyzyjny. Skład orzekający nie może

domyślać się intencji odwołującego i domniemywać o co chodzi odwołującemu i na czym miało polegać naruszenie wskazanych przez odwołującego przepisów. Izba w ramach środków ochrony prawnej ocenia czynności zamawiającego pod względem zgodności z obowiązującymi przepisami prawa i jak już wyżej wskazano jest związana podniesionymi w odwołaniu zarzutami i wyznaczonymi przez nie granicami zaskarżenia.

Nie jest rzeczą Izby poszukiwanie argumentów na uzasadnienie podniesionych przez odwołującego twierdzeń. Muszą być one przez odwołującego przedstawione i szczegółowo uzasadnione oraz poparte odpowiednimi dowodami.

Izba za zbędne uznała przytaczanie definicji rażąco niskiej ceny opartej na piśmiennictwie i orzecznictwie wobec ich powszechnej dostępności i przytoczenia w pismach Stron.

Odnosząc się do zarzutów wskazanych w *petitum* odwołania wskazać należy, co następuje:

naruszenie art. 224 ust. 1 w zw. z art. 16 pkt 1) ustawy Pzp

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

Art. 16 pkt 1) ustawy Pzp stanowi, że „Zamawiający przygotowuje i przeprowadza postępowanie o udzielenie zamówienia w sposób: zapewniający zachowanie uczciwej konkurencji oraz równe traktowanie wykonawców.”

Argumentacja Zamawiającego sprowadzała się do tego, że skoro nie zostały wypełnione przesłanki wskazane w art. 224 ust. 2 ustawy Pzp to Zamawiający nie powinien mieć żadnych wątpliwości co do zaoferowanej ceny. Nie ma to jednak znaczenia, bowiem Odwołujący powołał się na ust. 1 art. 224 ustawy Pzp. Zatem wywody w zakresie średniej arytmetycznej ofert oraz porównanie do szacunkowej wartości zamówienia Izba pominęła w całości.

Rację ma Zamawiający, że „Odwołujący nie posiada wiedzy na temat funkcjonowania firmy Marko (...), jej kosztów stałych czy też kosztów związanych z odbiorem i zagospodarowaniem odpadów”. Zamawiający zapomina, że również takiej wiedzy nie posiada, biorąc jednak pod uwagę zaoferowaną cenę powinien.

Dalej, Zamawiający w treści odwołania wskazuje: „W kwestii pozostałych dwóch pozycji: odpady sprzętu elektrycznego i elektronicznego oraz opony od samochodów osobowych stanowisko zajmie Przystępujący i przedstawi na tę okoliczność stosowne dowody” – Izba jednak nie dopuściła do udziału w sprawie wykonawcę zgłaszającego przystąpienie do postępowania odwoławczego, zatem kwestia ta również powinna zostać wyjaśniona w ramach wyjaśnień rażąco niskiej ceny.

Izba podziela stanowisko Odwołującego, że biorąc pod uwagę przedmiot zamówienia, cenę poszczególnych frakcji odpadów w porównaniu z cennikami oraz ofertami pozostałych wykonawców, cena zaoferowana przez wykonawcę M. wydaje się rażąco niska i wzbudza uzasadnione wątpliwości co do możliwości wykonania przedmiotu zamówienia zgodnie z wymaganiami oraz obowiązującymi przepisami prawa. W sprawie konieczne jest uzyskanie przez Zamawiającego wyjaśnień, jakie okoliczności właściwe wykonawcy M., spowodowały obniżenie ceny jego oferty, w jaki sposób okoliczności te spowodowały obniżenie ceny i jakich oszczędności wykonawca mógł dzięki nim dokonać.

Biorąc powyższe pod rozwagę, w przedmiotowej sprawie zaistniała konieczność skierowania do wykonawcy M. wezwania do złożenia wyjaśnień i przedstawienia dowodów w zakresie wyliczenia ceny frakcji: żużle i popioły paleniskowe, odpady biodegradowalne, odpady z plastiku, odpady sprzętu elektrycznego i elektronicznego, opony od samochodów osobowych, przeterminowane leki, odpady niebezpieczne.

W pozostałym zakresie odwołanie nie zasługiwało na uwzględnienie. Przechodząc do omawiania poszczególnych zarzutów, Izba wskazuje:

naruszenie art. 226 ust. 1 pkt 3) ustawy Pzp poprzez zaniechanie odrzucenia oferty niezgodnej z przepisami ustawy

Zgodnie z art. 226 ust. 1 pkt 3) ustawy Pzp „Zamawiający odrzuca ofertę, jeżeli: jest niezgodna z przepisami ustawy.”

Odwołujący nie wskazał na czym ta niezgodność polega i z jakimi przepisami ustawy oferta wykonawcy M. jest niezgodna. Warto przypomnieć, że konkretyzacja zarzutów jest obowiązkiem Odwołującego. Nie jest zadaniem ani kompetencją Izby doszukiwanie się, na czym w istocie polegać miały wskazane w *petitum* naruszenia prawa. Z tego też względu zarzut ten należało oddalić.

naruszenie art. 226 ust. 1 pkt 5) ustawy Pzp poprzez zaniechanie odrzucenia oferty niezgodnej z warunkami zamówienia oraz naruszenie art. 226 ust. 1 pkt 10) ustawy Pzp poprzez zaniechanie odrzucenia oferty zawierającej błąd w obliczeniu ceny

Zgodnie z art. 226 ust. 1 pkt 5) ustawy Pzp „Zamawiający odrzuca ofertę, jeżeli: jej treść jest niezgodna z warunkami zamówienia.

Odwołujący nie wskazał na czym ta niezgodność polega, z którymi konkretnie warunkami zamówienia oferta

Uczestnika postępowania jest niezgodna, w jakim zakresie. Jak już wyżej wskazano, konkretyzacja zarzutów jest obowiązkiem Odwołującego. Nie jest zadaniem ani kompetencją Izby doszukiwanie się, na czym w istocie polegać miały wskazane w petitum naruszenia prawa. Z tego też względu zarzut ten należało oddalić.

Zgodnie z art. 226 ust. 1 pkt 10) ustawy Pzp „Zamawiający odrzuca ofertę, jeżeli: zawiera błędy w obliczeniu ceny lub kosztu.”

Odwołujący nie wskazał, ani nie uzasadnił, na czym to naruszenie miałyby polegać. Warto przypomnieć, że konkretyzacja zarzutów jest obowiązkiem Odwołującego. Nie jest zadaniem ani kompetencją Izby doszukiwanie się, na czym w istocie polegać miały wskazane w petitum naruszenia prawa. Z tego też względu zarzut ten należało oddalić.

naruszenie art. 226 ust. 1 pkt 8) PZP poprzez zaniechanie odrzucenia oferty zawierającej rażąco niską cenę, art. 224 ust. 6 Pzp poprzez zaniechanie odrzucenia oferty wykonawcy M.

Zgodnie z art. 226 ust. 1 pkt 8) ustawy Pzp „Zamawiający odrzuca ofertę, jeżeli: zawiera rażąco niską cenę lub koszt w stosunku do przedmiotu zamówienia”.

Art. 224 ust. 6 ustawy Pzp stanowi, że „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.”

Wykonawca M. nie był wzywany do złożenia wyjaśnień w zakresie wyliczenia ceny lub kosztu, lub ich istotnych części składowych. Zatem zarzut ten należy traktować jako oczywiście bezzasadne i jako taki podlegał oddaleniu.

Zgodnie z ugruntowanym orzecznictwem, odrzucenie oferty na podstawie art. 226 ust. 1 pkt 8) ustawy Pzp musi zostać poprzedzone wszczęciem procedury z art. 224 ustawy. Nie jest dopuszczalne odrzucenie oferty z powodu rażąco niskiej ceny bez uprzedniego wezwania wykonawcy do złożenia wyjaśnień w tym zakresie.

Z tego względu w zakresie, w jakim Odwołujący stawia zarzut zaniechania odrzucenia oferty zawierającej rażąco niską cenę wobec oferty, która nie była wyjaśniana, to zarzut ten uznać należy jako przedwczesny.

naruszenie art. 223 ust. 1 ustawy Pzp poprzez zaniechanie wezwania wykonawcy M. do złożenia wyjaśnień treści oferty

Art. 223 ust. 1 ustawy Pzp stanowi, że: „W toku badania i oceny ofert zamawiający może żądać od wykonawców wyjaśnień dotyczących treści złożonych ofert oraz przedmiotowych środków dowodowych lub innych składanych dokumentów lub oświadczeń. Niedopuszczalne jest prowadzenie między zamawiającym a wykonawcą negocjacji dotyczących złożonej oferty oraz, z uwzględnieniem ust. 2 i art. 187, dokonywanie jakiegokolwiek zmiany w jej treści.”

Zdaniem Odwołującego, Zamawiający powinien wezwać wykonawcę M. do wyjaśnień dotyczących treści złożonej oferty poprzez wskazanie instalacji, do których trafią odbierane odpady w sytuacji, gdy Zamawiający nie żądał w ofercie wskazania tych instalacji, chociaż zgodnie z art. 6d ust. 4 pkt 5 ustawy z dnia 13 września 1996 r. o utrzymaniu czystości i porządku w gminach, miał obowiązek w dokumentach zamówienia zobowiązać wykonawców do wskazania takich instalacji w ofercie. Z powyższym twierdzeniem Odwołującego nie sposób się zgodzić.

Po pierwsze, doniosłość dokumentu, jakim jest specyfikacja warunków zamówienia wraz z załącznikami, sprowadza się do szczególnej roli w postępowaniu – z jednej strony określa oczekiwania zamawiającego dotyczące wykonawców, by uczynić zadość swoim wymaganiom, a z drugiej zaś – wyznacza granice, w jakich może poruszać się zamawiający dokonując weryfikacji złożonych ofert. Postanowienia zawarte w SWZ są wiążące dla uczestników oraz zamawiającego. Zamawiający nie może, po upływie terminu składania ofert, zmienić czy też doprecyzować jakichkolwiek postanowień. Wykonawcy biorący udział w postępowaniu o udzielenie zamówienia publicznego mają prawo oczekiwać, że ich oferta zostanie poddana ocenie w zakresie wyartykułowanym w dokumentacji postępowania.

Po wtóre, wskazany przez Odwołującego art. 223 ust. 1 ustawy Pzp dotyczy wezwania do złożenia wyjaśnień treści oferty. Wyjaśnienie (tłumaczenie) jest jedną z odmian rozumowania, jest zadaniem myślowym, które polega na wskazaniu uzasadnienia dla danej treści, czyni coś zrozumiałym. Wyjaśnienia, w przeciwieństwie do uzupełnienia czy też poprawienia, mają na celu ustalenie rzeczywistej treści dokumentu czy też oświadczenia. Wyjaśnianie treści dokumentu polega na udzieleniu odpowiedzi na pytanie „dlaczego tak jest jak wykonawca postanowił w treści”, a nie na przedłożeniu nowego dokumentu o nowej treści czy też złożeniu nowego oświadczenia. Wyjaśnienia nie mogą prowadzić do uzupełnienia treści oświadczenia lub dokumentu.

Reasumując, Zamawiający nie żądał w ofercie wskazania instalacji, do których trafią odpady. Żaden z wykonawców nie zaskarżył postanowień SWZ, nie wnosił o wyjaśnienia treści SWZ. Izba nie znalazła podstaw do nakazania Zamawiającemu wezwania wykonawcy M. do wskazania instalacji.

naruszenie art. 253 ust. 1 pkt 1 w zw. z art. 16 pkt 1 i 2 ustawy Pzp poprzez zaniechanie powiadomienia Odwołującego o wyborze najkorzystniejszej oferty, co w konsekwencji doprowadziło do naruszenia zasady uczciwej konkurencji i równego traktowania wykonawców oraz naruszenia zasady przejrzystości

Art. 253 ust. 1 pkt 1 ustawy Pzp stanowi, że „Niezwłocznie po wyborze najkorzystniejszej oferty zamawiający informuje równocześnie wykonawców, którzy złożyli oferty, o: wyborze najkorzystniejszej oferty, podając nazwę albo imię i

nazwisko, siedzibę albo miejsce zamieszkania, jeżeli jest miejscem wykonywania działalności wykonawcy, którego ofertę wybrano, oraz nazwy albo imiona i nazwiska, siedziby albo miejsca zamieszkania, jeżeli są miejscami wykonywania działalności wykonawców, którzy złożyli oferty, a także punktację przyznaną ofertom w każdym kryterium oceny ofert i łączną punktację, (...) – podając uzasadnienie faktyczne i prawne.”

Art. 16 pkt 1 i 2 ustawy Pzp stanowi, że *„Zamawiający przygotowuje i przeprowadza postępowanie o udzielenie zamówienia w sposób: 1) zapewniający zachowanie uczciwej konkurencji oraz równe traktowanie wykonawców; 2) przejrzysty.”*

Po pierwsze, Odwołujący nie wykazał faktu negatywnego, czyli tego, że nie otrzymał informacji o wyborze najkorzystniejszej oferty. Nie załączył żadnej informacji z platformy e-zamówienia, że faktycznie posiada tylko jedno konto. Gwoli wyjaśnienia, na Odwołującym spoczywa ciężar wykazania okoliczności faktycznych będących podstawą odwołania i uzasadniających jego wnioski. To Odwołujący bowiem, a nie Zamawiający, wywodzi z okoliczności podnoszonych w odwołaniu korzystne dla siebie skutki prawne, opierając na nich żądanie odwołania, a co za tym idzie oczywistym jest, że okoliczności te powinien wykazać właśnie odwołujący (vide: wyrok Sądu Okręgowego w Warszawie – XXIII Wydział Gospodarczy Odwoławczy z dnia 10 sierpnia 2022 r., sygn. akt KIO Zs 86/22).

Po drugie, zgodnie z art. 554 ust. 1 pkt 1) ustawy Pzp Izba uwzględni odwołanie jeżeli stwierdzi naruszenie przepisów ustawy, które miało wpływ lub może mieć istotny wpływ na wynik postępowania o udzielenie zamówienia publicznego.

Odwołujący zapoznał się z informacją o wyborze najkorzystniejszej oferty, wywiódł w terminie odwołanie, załączył stosowne dowody. Twierdzenia, że być może oferta wykonawcy M. zawiera również inne niezgodności, których z uwagi na 1 dniowy termin na sporządzenie i wniesienie odwołania Odwołujący nie był w stanie zweryfikować, nie zasługują na aprobatę. Odwołujący na rozprawie wskazał, że po wniesieniu odwołania, a przed terminem rozprawy nie był zainteresowany weryfikacją oferty wykonawcy M.

Co za tym idzie, w świetle art. 554 ust. 1 pkt 1) ustawy Pzp Izba nie mogła przedmiotowego zarzutu uwzględnić.

O kosztach postępowania orzeczono stosownie do wyniku, na podstawie art. 557, 574 i 575 ustawy Pzp oraz w oparciu o przepisy § 7 ust. 2 pkt 1), ust.3 pkt 1) i 2) w zw. z § 5 pkt 1 i 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).

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

Przewodnicząca: