

**WYROK**

**z dnia 12 października 2021 r.**

**Krajowa Izba Odwoławcza** - w składzie:

**Przewodniczący: Przemysław Dzierzędzki**

**Protokolant: Aldona Karpińska**

po rozpoznaniu na rozprawie w dniu 12 października 2021 r. w Warszawie odwołania wniesionego do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej w dniu 20 września 2021 r. przez wykonawcę **G. K., prowadzącego w miejscowości Dys działalność gospodarczą pod nazwą G. K., Zakład Transportu Komunalnego**

w postępowaniu prowadzonym przez **32 Wojskowy Oddział Gospodarczy w Zamościu**

przy udziale wykonawcy **C. K., prowadzącego w miejscowości Wielkie działalność gospodarczą pod nazwą P.H.U. EKO-TRANS C. K.,** zgłaszającego przystąpienie do postępowania odwoławczego po stronie zamawiającego,

**orzeka:**

1. **uwzględnia częściowo odwołanie i nakazuje zamawiającemu unieważnienie czynności wyboru oferty najkorzystniejszej, powtórzenie czynności badania i oceny ofert, w tym wezwanie wykonawcy C. K., prowadzącego w miejscowości Wielkie działalność gospodarczą pod nazwą P.H.U. EKO-TRANS C. K. w trybie art. 224 ust. 1 ustawy Prawo zamówień publicznych do złożenia wyjaśnień, w tym złożenia dowodów w zakresie wyliczenia ceny lub kosztu,**
2. **w pozostałym zakresie oddala odwołanie,**
3. **kosztami postępowania obciąża 32 Wojskowy Oddział Gospodarczy w Zamościu w części ½ oraz wykonawcę G. K., prowadzącego w miejscowości Dys działalność gospodarczą pod nazwą G. K., Zakład Transportu Komunalnego w części ½ i:**
  - 3.1. **zalicza w poczet kosztów postępowania odwoławczego kwotę 7.500 zł 00 gr (słownie: siedmiu tysięcy pięciuset złotych zero groszy) uiszczoną przez wykonawcę G. K., prowadzącego w miejscowości Dys działalność gospodarczą pod nazwą G. K., Zakład Transportu Komunalnego tytułem wpisu od odwołania,**

- 3.2. zasądza od **32 Wojskowego Oddziału Gospodarczego w Zamościu** na rzecz wykonawcy **G. K., prowadzącego w miejscowości Dys działalność gospodarczą pod nazwą G. K., Zakład Transportu Komunalnego** kwotę **1.950 zł 00 gr** (słownie: jednego tysiąca dziewięciuset pięćdziesięciu złotych zero groszy).

Stosownie do art. 579 i 580 ustawy z dnia 11 września 2019 r. - Prawo zamówień publicznych (t. jedn. Dz. U. z 2021 r. poz. 1129 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:** .....

### **Uzasadnienie**

Zamawiający, 32 Wojskowy Oddział Gospodarczy w Zamościu, prowadzi na podstawie przepisów ustawy z dnia 11 września 2019 r. - Prawo zamówień publicznych (t.j. Dz. U. z 2021 r. poz. 1129 ze zm.) – zwanej dalej „ustawą Pzp” postępowanie o udzielenie zamówienia publicznego, którego przedmiotem jest usługa wywozu zmieszanych odpadów komunalnych, segregowanych odpadów komunalnych z kompleksów wojskowych zlokalizowanych w rejonie działania 32 WOG Zamość oraz wyposażeniem wskazanych w opisie przedmiotu zamówienia kompleksów w pojemniki do składowania zmieszanych odpadów komunalnych, segregowanych odpadów.

Ogłoszenie o zamówieniu zostało zamieszczone w Biuletynie Zamówień Publicznych 27 sierpnia 2021 r. nr 2021/BZP 00162316/01.

W dniu 20 września 2021 r. wykonawca G. K., prowadzący w miejscowości Dys działalność gospodarczą pod nazwą G. K., Zakład Transportu Komunalnego, zwani dalej „odwołującym”, wniósł odwołanie do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej. Odwołujący zarzucił zamawiającemu naruszenie:

- 1) art. 224 ust. 1 Pzp przez zaniechanie żądania wyjaśnień od P.H.U. EKO-TRANS C. K., w tym złożenia dowodów w zakresie wyliczenia ceny lub kosztu, lub ich istotnych części składowych w sytuacji, gdy zaoferowana przez wykonawcę cena lub koszt, lub ich istotne części składowe, wydają się rażąco niskie,
- 2) art. 226 ust. 1 pkt 8 Pzp przez zaniechanie odrzucenia oferty P.H.U. EKO — TRANS C. K., która to zawiera rażąco niską cenę lub koszt,
- 3) art. 239 ust. 1 Pzp w zw. z art. art. 226 ust. 1 pkt 8 Pzp przez bezpodstawne dokonanie wyboru oferty P.H.U. EKO — TRANS C. K., mimo iż oferta tego wykonawcy winna podlegać odrzuceniu jako zawierająca rażąco niską cenę lub koszt.

Odwołujący wniósł o nakazanie zamawiającemu:

- 1) unieważnienia czynności wyboru oferty P.H.U. EKO — TRANS C. K. jako najkorzystniejszej;
- 2) zbadania i dokonania oceny oferty P.H.U. EKO — TRANS C. K., a następnie jej odrzucenia jako zawierającej rażąco niską cenę lub koszt;
- 3) zbadania i dokonania oceny oferty Odwołującego, a następnie jej wyboru jako oferty najkorzystniejszej.

Odwołujący w uzasadnieniu wskazał, że ceny jednostkowe odbioru odpadów segregowanych oraz biomasy w obu ofertach są jednakowe. Jedyna różnica dotyczy cen jednostkowych 1 m<sup>3</sup> wywozu odpadów zmieszanych, tj. odpadów, które stanowią zdecydowaną większość wszystkich odpadów, które w ramach usługi mają zostać przez wykonawcę wywiezione. Odwołujący zaoferował cenę jednostkową w wysokości 64,80 zł/m<sup>3</sup> brutto, natomiast P.H.U. EKO TRANS C. K. zaoferował cenę jednostkową na poziomie 54,00 zł/m<sup>3</sup> brutto.

Zdaniem odwołującego, cenę 54,00 zł/m<sup>3</sup> brutto odpadów zmieszanych uznać należy za rażąco niską, co wynika z kilku czynników. Według odwołującego, punktem odniesienia do dalszych rozważań winny być wyniki poprzedniego, analogicznego postępowania ogłoszonego przez zamawiającego, dotyczącego tożsamej usługi, która również miała być świadczona przez wykonawcę przez 1 rok. W ramach uprzedniego postępowania, w którym zamówienie zostało udzielone odwołującemu, P.H.U. EKO — TRANS C. K. zaoferował cenę jednostkową za wywóz 1 m<sup>3</sup> odpadów zmieszanych na poziomie 64,80 zł/m<sup>3</sup> brutto. Dodatkowo odwołujący wskazywał, że w stosunku do poprzedniego przetargu, P.H.U. EKO — TRANS C. K. obniżył również cenę jednostkową za wywóz 1 m<sup>3</sup> odpadów segregowanych z kwoty 37,80 zł brutto na kwotę 32,40 zł brutto, a cena wywozu 1 m<sup>3</sup> biomasy uległa zmniejszeniu z 21,60 zł brutto na 10,80 zł brutto.

Odwołujący argumentował, że ceny wywozu i utylizacji odpadów co roku rosną, niejednokrotnie kilka razy w ciągu roku. W samym tylko Lublinie w 2021 r., z uwagi na wzrost kosztów składowania odpadów, stawka opłaty za gospodarowanie odpadami komunalnymi obowiązującą w zabudowie wielorodzinnej wzrosła o 1,80 zł/ mieszkańca z kwoty 23,00 zł do kwoty 24,80 zł miesięcznie. Odwołujący wskazywał, że analogiczne lub nawet wyższe podwyżki odnotowano w wielu ościennych gminach, np. gminie Niemce, gdzie stawka ta wzrosła o 3 zł. Ostatnia podwyżka cen przyjęcia do zagospodarowania odpadów komunalnych miała miejsce 1 stycznia 2021 r. Odwołujący argumentował, że podczas poprzedniego przetargu zarówno zamawiający jak i wykonawcy nie mogli wiedzieć o tej podwyżce, natomiast przystępując do niniejszego postępowania nowe, wyższe ceny obowiązywały już od ponad 8 miesięcy. Mimo to P.H.U. EKO — TRANS C. K. obniżył ceny jednostkowe odbioru odpadów.

Odwołujący zwrócił także uwagę, że na wzrost cen paliw w porównaniu do ubiegłego roku. We wrześniu 2020 r. średnia cena 1 litra oleju napędowego wahała się pomiędzy 4,30 zł a 4,40 zł. We wrześniu 2021 r. średnia cena waha się pomiędzy 5,30 zł a 5,40 zł za 1 litr.

Nie należy również zapominać o tym, że wynagrodzenie minimalne w 2020 r. wynosiło 2.600 zł brutto, w 2021 r. 2.800 zł brutto, a od stycznia 2022 r. wynosić będzie 3010 zł brutto.

Odwołujący wskazywał, że wszystkie powyższe okoliczności są faktami powszechnie znanymi i nie wymagającymi wiadomości specjalnych, w związku z czym cena zaproponowana przez P.H.U. EKO — TRANS C. K. jest rażąco niska i Zamawiający winien wezwać wykonawcę do złożenia wyjaśnień, a następnie powinien ofertę tę odrzucić jako zawierającą cenę rażąco nisko, gdyż nie istnieją żadne przesłanki uzasadniające obniżenie cen jednostkowych odbioru odpadów w sytuacji, gdy wszelkie składowe koszty świadczenia usługi rosną. Odwołujący wskazał, że w realiach niniejszej sprawy, w świetle przytoczonego orzecznictwa, oczywistym jest, że oferta P.H.U. EKO — TRANS C. K. zawiera rażąco niską cenę, a wskazanie takiej ceny w ofercie było świadomym działaniem wykonawcy mającym charakter dumpingu, co stanowi czyn nieuczciwej konkurencji w rozumieniu art. 15 ust. 1 pkt 1 ustawy o zwalczaniu nieuczciwej konkurencji.

Zamawiający złożył odpowiedź na odwołanie, w której wniósł o oddalenie odwołania. W odpowiedzi i w trakcie rozprawy przedstawił uzasadnienie faktyczne i prawne swego stanowiska.

Do postępowania odwoławczego po stronie zamawiającego, zachowując termin ustawowy oraz wykazując interes w uzyskaniu rozstrzygnięcia na rzecz zamawiającego zgłosił przystąpienie wykonawca C. K., prowadzący w miejscowości Wielkie działalność gospodarczą pod nazwą P.H.U. EKO-TRANS C. K. . Wniósł o oddalenie odwołania.

**Uwzględniając całość dokumentacji z przedmiotowego postępowania, w tym w szczególności: protokół, ogłoszenie o zamówieniu, postanowienia specyfikacji warunków zamówienia (SWZ), informację z otwarcia ofert, oferty wykonawców, zawiadomienie o wyborze oferty najkorzystniejszej z 15 września 2021 r., załączniki do odwołania, jak również biorąc pod uwagę oświadczenia, stanowiska i dokumenty złożone przez strony i uczestnika postępowania w trakcie posiedzenia i rozprawy, Krajowa Izba Odwoławcza ustaliła i zważyła, co następuje:**

Stosownie do art. 224 ustawy Pzp:

- 1. 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.*

*2. W przypadku gdy cena całkowita oferty złożonej w terminie jest niższa o co najmniej 30% od:*

*1) wartości zamówienia powiększonej o należny podatek od towarów i usług, ustalonej przed wszczęciem postępowania lub średniej arytmetycznej cen wszystkich złożonych ofert niepodlegających odrzuceniu na podstawie art. 226 ust. 1 pkt 1 i 10, zamawiający zwraca się o udzielenie wyjaśnień, o których mowa w ust. 1, chyba że rozbieżność wynika z okoliczności oczywistych, które nie wymagają wyjaśnienia;*

*2) wartości zamówienia powiększonej o należny podatek od towarów i usług, zaktualizowanej z uwzględnieniem okoliczności, które nastąpiły po wszczęciu postępowania, w szczególności istotnej zmiany cen rynkowych, zamawiający może zwrócić się o udzielenie wyjaśnień, o których mowa w ust. 1.*

*Stosownie do art. 226 ust. 1 pkt 8 ustawy Pzp, zamawiający odrzuca ofertę, jeżeli zawiera rażąco niską cenę lub koszt w stosunku do przedmiotu zamówienia.*

*Art. 239 ust. 1 ustawy Pzp stanowi, że zamawiający wybiera najkorzystniejszą ofertę na podstawie kryteriów oceny ofert określonych w dokumentach zamówienia.*

Ustalono, że przedmiotem zamówienia jest usługa wywozu zmieszanych odpadów komunalnych, segregowanych odpadów komunalnych z kompleksów wojskowych zlokalizowanych w rejonie działania 32 WOG Zamość oraz wyposażeniem wskazanych w opisie przedmiotu zamówienia kompleksów w pojemniki do składowania zmieszanych odpadów komunalnych, segregowanych odpadów.

Jak wynikało z pkt III specyfikacji warunków zamówienia (SWZ), przedmiot zamówienia został podzielony na 8 części, w tym część 4 – obejmowała wywóz odpadów z rejonu Sekcji Obsługi Infrastruktury Lublin.

W pkt III. 2 ppkt 1) SWZ zamawiający wskazał, że wymaga aby Wykonawca zatrudniał pracowników związanych bezpośrednio z realizacją przedmiotu zamówienia na podstawie umowy o pracę, tj.: kierowców i osób odbierających odpady na podstawie umowy o pracę.

Ustalono ponadto, że zamawiający ustalił szacunkową wartość zamówienia w dniu 23 lipca 2021 r. r. na kwotę 439.778,48 zł netto, w tym dla części nr 4 – 130.177,50 zł netto. Wartość tę oszacowano na podstawie stawek jednostkowych z dotychczas zawartych umów

oraz zamówień, które zostały powiększone o wskaźnik cen towarów i usług na 2021 r. (pkt 2.3. protokołu postępowania, w aktach sprawy).

W dalszej kolejności ustalono, że do upływu terminu do składania ofert, w zakresie części 4 zamówienia, do zamawiającego wpłynęły następujące oferty:

I) oferta odwołującego:

za szacunkową cenę ogółem: netto: 127 200,00 zł, brutto: 137 376,00 zł

w tym:

1) szacunkowa cena ogółem – dla wywozu odpadów zmieszanych:

c. netto: 123 000,00 zł

c. brutto: 132 840,00 zł

w tym:

cena jednostkowa 1 m<sup>3</sup> wywozu odpadów zmieszanych wynosi:

c. netto: 60,00 zł/m<sup>3</sup>

c. brutto: 64,80 zł/m<sup>3</sup>

2) szacunkowa cena ogółem – dla wywozu odpadów segregowanych:

c. netto: 4 050,00 zł

c. brutto: 4 374,00 zł

w tym:

cena jednostkowa 1 m<sup>3</sup> wywozu odpadów segregowanych wynosi:

c. netto: 30,00 zł/m<sup>3</sup>

c. brutto: 32,40 zł/m<sup>3</sup>

3) szacunkowa cena ogółem – dla wywozu BIOMASY:

c. netto: 150,00 zł

c. brutto: 162,00 zł

w tym:

cena jednostkowa 1 m<sup>3</sup> wywozu odpadów BIOMASY wynosi:

c. netto: 10,00 zł/m<sup>3</sup>

c. brutto: 10,80 zł/m<sup>3</sup>

II) oferta przystępującego:

Za szacunkową cenę ogółem: c. netto: 106 700,00 zł, c. brutto: 115 236,00 zł

w tym:

1) szacunkowa cena ogółem – dla wywozu odpadów zmieszanych:

c. netto: 102 500,00 zł

c. brutto: 110 700,00 zł

w tym:

cena jednostkowa 1 m<sup>3</sup> wywozu odpadów zmieszanych wynosi:

c. netto: 50,00 zł/m<sup>3</sup>

c. brutto: 54,00 zł/m<sup>3</sup>

2) szacunkowa cena ogółem – dla wywozu odpadów segregowanych:

c. netto: 4 050,00 zł

c. brutto: 4 374,00 zł

w tym:

cena jednostkowa 1 m<sup>3</sup> wywozu odpadów segregowanych wynosi:

c. netto: 30,00 zł/m<sup>3</sup>

c. brutto: 32,40 zł/m<sup>3</sup>

3) szacunkowa cena ogółem – dla wywozu BIOMASY:

c. netto: 150,00 zł

c. brutto: 162,00 zł

w tym:

cena jednostkowa 1 m<sup>3</sup> wywozu odpadów biomasy wynosi:

c. netto: 10,00 zł/m<sup>3</sup>

c. brutto: 10,80 zł/m<sup>3</sup>.

(por. informacja z otwarcia ofert, w dokumentacji postępowania przekazanej przez zamawiającego).

Ustalono także, że kwota, którą Zamawiający zamierza przeznaczyć na sfinansowanie zamówienia w zakresie części nr 4 wyniosła 145 000,00 zł brutto (por. informacja z otwarcia ofert, w aktach sprawy).

Ustalono także, że zamawiający nie kierował do przystępującego wezwania do wyjaśnienia ceny (okoliczność niesporna).

W dalszej kolejności ustalono, że zamawiający 15 września 2021 r. zawiadomił odwołującego o wyborze oferty przystępującego jako najkorzystniejszej w zakresie części 4 zamówienia (por. zawiadomienie o wyborze oferty najkorzystniejszej, załącznik do odwołania).

Ustalono także, w 2020 r. w analogicznym postępowaniu i przy analogicznym zakresie świadczenia, przystępujący zaoferował zamawiającemu stawkę za wywóz 1 m<sup>3</sup> odpadów zmieszanych na poziomie 60 zł netto oraz 64,80 zł brutto. Z kolei odwołujący zaoferował zamawiającemu stawki na poziomie ubiegłorocznym (por. zawiadomienie o



wyborze oferty najkorzystniejszej z 26 sierpnia 2020r., załącznik do odwołania, w aktach sprawy).

Ustalono także, że firma Kom-Eko S.A. w Lublinie w 2020 r. przyjmowała od wykonawców odpady zmieszane do zagospodarowania w swej instalacji za cenę 590 zł za 1 tonę plus VAT. Od 1 stycznia 2021 r. cena za zagospodarowanie odpadów w tej instalacji została zwiększona do 680 zł za 1 tonę plus VAT (por. pismo Kom-Eko S.A. z dnia 18 grudnia 2020 r. załączone do odwołania oraz pismo Kom-Eko S.A. z dnia 23 sierpnia 2019 r., złożone przez odwołującego na posiedzeniu Izby).

Ustalono ponadto, że rynkowa cena za olej napędowy na moment ofertowania wynosiła ok. 5,40 zł za 1 litr, podczas gdy w ubiegłym roku kształtowała się na poziomie 4,40 zł za 1 litr (por. wydruk ze strony internetowej autocentrum.pl, załączony do odwołania).

Ustalono również, że stawka minimalnego wynagrodzenia za pracę w 2020 r. kształtowała się na poziomie 2.600 zł brutto, w 2021 r. wyniosła 2.800 zł brutto, zaś od 2022 r. będzie to 3.010 zł brutto (okoliczność niesporna).

### **Odwołanie zasługuje częściowo na uwzględnienie.**

Zasadny okazał się zarzut naruszenia art. 224 ust.1 ustawy Pzp.

Stwierdzono, że przystępujący za wywóz 1 m<sup>3</sup> odpadów zmieszanych zaoferował zamawiającemu stawkę na poziomie 50 zł netto oraz 54 zł brutto, zaś odwołujący – stawkę na poziomie 60 zł netto oraz 64,80 zł brutto.

Zostało wykazane przez odwołującego, że w 2020 r. w analogicznym postępowaniu i przy analogicznym zakresie świadczenia, przystępujący zaoferował zamawiającemu stawkę za wywóz 1 m<sup>3</sup> odpadów zmieszanych na poziomie 60 zł netto oraz 64,80 zł brutto. Z kolei odwołujący zaoferował zamawiającemu stawki na poziomie ubiegłorocznym. Powyższe oznaczało, że przystępujący w stosunku do ubiegłego roku znacząco obniżył zamawiającemu stawki, za jakie gotowy był realizować analogiczną usługę.

Odwołujący wykazał dodatkowo, że w stosunku do 2020 r. nastąpił wzrost niektórych kosztów realizacji usługi. Po pierwsze udowodniono, że wzrosła stawka minimalnego wynagrodzenia za pracę. W 2020 r. kształtowała się ona na poziomie 2.600 zł brutto, w 2021 r. wyniosła 2.800 zł brutto, zaś od 2022 r. będzie to 3.010 zł brutto. Tymczasem zamawiający w pkt III. 2 ppkt 1) SWZ wskazał, że wymaga aby Wykonawca zatrudniał pracowników związanych bezpośrednio z realizacją przedmiotu zamówienia na podstawie umowy o pracę, tj.: kierowców i osób odbierających odpady na podstawie umowy o pracę.

Po drugie, odwołujący udowodnił również, że firma Kom-Eko S.A. w Lublinie od 2021 r. podniosła stawki, za jakie gotowa była odbierać od potencjalnych wykonawców odpady zmieszane do zagospodarowania w swojej instalacji przetwarzania odpadów. W 2020 r. firma ta przyjmowała odpady zmieszane do zagospodarowania w swej instalacji za cenę 590 zł za 1 tonę plus VAT. Od 1 stycznia 2021 r. cena za zagospodarowanie odpadów w tej instalacji została zwiększona do 680 zł za 1 tonę plus VAT (por. pismo Kom-Eko S.A. z dnia 18 grudnia 2020 r. załączone do odwołania oraz pismo Kom-Eko S.A. z dnia 23 sierpnia 2019 r., złożone przez odwołującego na posiedzeniu Izby).

Odwołujący wykazał także, że przykładowo w Lublinie stawka opłaty za gospodarowanie odpadami komunalnymi obowiązująca w zabudowie wielorodzinnej wzrosła o 1,80 zł za 1 mieszkańca, to jest z 23 zł do 24,80 zł. (por. uchwała Rady Miasta Lublin z 29 kwietnia 2021 r. nr 903/XXVIII/2021 r., załączona do odwołania).

Odwołujący udowodnił także, że w stosunku do 2020 r. nastąpił wzrost rynkowych cen paliw. W momencie ofertowania przez wykonawców w obecnym postępowaniu rynkowa cena za olej napędowy wynosiła ok. 5,40 zł za 1 litr, podczas gdy w ubiegłym roku kształtowała się na poziomie 4,40 zł za 1 litr (por. wydruk ze strony internetowej autocentrum.pl, załączony do odwołania).

Odwołujący wyjaśnił dodatkowo, że pomimo wzrostu kosztów paliw i wynagrodzenia pracowników, był w stanie utrzymać oferowaną zamawiającemu ubiegłoroczną stawkę za wywóz 1 m<sup>3</sup> odpadów zmieszanych jedynie dlatego, że zmienił odbiorcę zagospodarowanych odpadów. Wyjaśnił, że obecnie odbiorcą odpadów, z którym współpracuje, jest Zakład Zagospodarowania Odpadów w Bełżycach, który jest gotowy przyjmować odpady zmieszane do zagospodarowania w swej instalacji od odwołującego za cenę 590,00 zł za tonę. Wskazał, że dotychczasowym odbiorcą odpadów był KOM-EKO S.A. w Lublinie, który – jak wykazano - obecnie odbiera odpady do zagospodarowania w swej instalacji za stawkę 680,00 zł za tonę.

W dalszej kolejności Izba stwierdziła, że zamawiający w odpowiedzi na odwołanie ani w trakcie rozprawy nie odniósł się do ww. dowodów przedstawionych przez odwołującego. W tej sytuacji Izba nie znalazła podstaw aby odmówić im wiarygodności. Argumentacja zamawiającego przedstawiona w odpowiedzi na odwołanie i na rozprawie ograniczyła się de facto jedynie do wskazania, że różnica procentowa między stawkami zaoferowanymi przez przystępującego i odwołującego nie przewyższyła progu 30%, obligującego zamawiającego do skierowania wezwania w trybie art. 224 ust. 2 ustawy Pzp. Odnosząc się do tej argumentacji Izba stwierdziła, że rzeczywiście różnica między cenami ofertowymi obu wykonawców, a także różnica między ceną ofertową przystępującego i wartością

szacunkową zamówienia nie przekroczyła tego progu. Dostrzeżenia wymagało jednak, że odwołujący nie zarzucił zamawiającemu w odwołaniu naruszenia art. 224 ust. 2 ustawy Pzp, który stanowi o obowiązku wszczęcia przez zamawiającego procedury wyjaśniającej w razie przekroczenia omawianych progów. Na uwagę zasługiwał fakt, że odwołujący zarzucił zamawiającemu naruszenie art. 224 ust. 1 Pzp, który obliguje zamawiającego do zainicjowania postępowania wyjaśniającego w przypadku stwierdzenia, że zaoferowana cena lub istotna część składowa ceny wydają się rażąco niskie w stosunku do przedmiotu zamówienia lub budzą wątpliwości co do możliwości wykonania zamówienia zgodnie z wymaganiami określonymi w dokumentach zamówienia lub wynikającymi z przepisów.

Zamawiający nie podważył wiarygodności dowodów przedstawionych przez odwołującego a do większości z nich nawet w ogóle się nie odniósł. W szczególności nie wiadomo było dlaczego zdaniem zamawiającego przystępujący mógł obniżyć w obecnym postępowaniu stawki za wywóz odpadów zmieszanych w sytuacji wzrostu kosztów świadczenia usługi. Przystępujący zaś nie stawiał się na rozprawę ani nie złożył stanowiska na piśmie.

W tej sytuacji, wobec udowodnionego przez odwołującego faktu wzrostu kosztów świadczenia usługi w stosunku do ubiegłego roku, obniżenie przez przystępującego stawki za wywóz 1 m<sup>3</sup> odpadów zmieszanych, w okolicznościach danej sprawy, powinno wzbudzić wątpliwości zamawiającego co do możliwości wykonania zamówienia. Wątpliwości te powinny zostać wyjaśnione przez wykonawcę w odpowiedzi na wezwanie zamawiającego. Powyższe oznaczało, że została spełniona dyspozycja art. 224 ust. 1 ustawy Pzp, a zamawiający przez zaniechanie wszczęcia procedury wyjaśniającej naruszył ww. przepis.

Oddaleniu podlegał zarzut naruszenia art. 226 ust. 1 pkt 8 ustawy Pzp przez zaniechanie odrzucenia oferty przystępującego, który miał zaoferować cenę rażąco niską w stosunku do przedmiotu zamówienia. Art. 226 ust. 1 pkt 8 ustawy Pzp stanowi, że *zamawiający odrzuca ofertę, jeżeli zawiera rażąco niską cenę lub koszt w stosunku do przedmiotu zamówienia*. Nie było sporne między stronami, że zamawiający nie kierował do przystępującego wezwania do złożenia wyjaśnień co do elementów oferty mających wpływ na wysokość ceny lub kosztu w trybie art. 224 ust. 1 ani w trybie art. 224 ust. 2 ustawy Pzp.

Izba podkreśla akcentowany w orzecznictwie Trybunału Sprawiedliwości jak również samej Izby pogląd, że zamawiający nie może automatycznie odrzucić oferty wykonawcy z powodu zaoferowania przez niego ceny rażąco niskiej, bez umożliwienia mu złożenia stosownych wyjaśnień. Europejski Trybunał Sprawiedliwości wyraził pogląd „*Art. 29 ust. 5 Dyrektywy Rady 71/305, od stosowania którego Kraje Członkowskie nie mogą odstąpić w*

żadnym istotnym stopniu, zakazuje Krajom Członkowskim wprowadzania przepisów, które wymagają automatycznej dyskwalifikacji ofert w postępowaniu o udzielenie zamówienia, według kryterium arytmetycznego, zobowiązuje natomiast zamawiającego do zastosowania procedury analizy ofert, przewidzianej w tej dyrektywie, która daje oferentowi sposobność przedstawienia wyjaśnień. (Wyrok ETS z dnia 18.06.1991 r. w sprawie C - 295/89 („Impresa Dona Alfonsa”). Stanowisko Trybunału znajduje odzwierciedlenie w ustawie Pzp, która stanowi w art. 224 ust. 1 ustawy Pzp, że „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 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”. Zatem niedopuszczalne jest automatyczne ustalenie przez zamawiającego, iż zaofferowano cenę noszącą znamiona ceny rażąco niskiej bez umożliwienia wykonawcy złożenia stosownych wyjaśnień. Nie ulegało zaś wątpliwości, że zamawiający nie wzywał przystępującego do złożenia wyjaśnień obrazujących sposób kalkulowania ceny (art. 224 ust. 1 i ust. 2 ustawy Pzp). Zatem żądanie odrzucenia jego oferty na podstawie art. 226 ust. 1 pkt 8 ustawy Pzp należało ocenić jako przedwczesne.

Tymczasem odwołujący, niezależnie od postawionego zarzutu zaniechania wezwania do złożenia wyjaśnień, domagał się w odwołaniu również nakazania zamawiającemu automatycznego odrzucenia oferty, co jest niedopuszczalne na gruncie ustawy Pzp i przywołanego orzecznictwa TSUE. Zarzut naruszenia art. 226 ust. 1 pkt 8 ustawy Pzp podlegał zatem oddaleniu.

Stosownie do art. 553 ustawy z dnia 11 września 2019 r. - Prawo zamówień publicznych (t.j. Dz. U. z 2021 r. poz. 1129 ze zm.), o oddaleniu odwołania lub jego uwzględnieniu Izba orzeka w wyroku. W pozostałych przypadkach Izba wydaje postanowienie. Orzeczenie Izby, o którym mowa w pkt 1 i 2 sentencji, miało charakter merytoryczny, gdyż odnosiło się do częściowego uwzględnienia i oddalenia odwołania. Z kolei orzeczenie Izby zawarte w pkt 3 sentencji miało charakter formalny, gdyż dotyczyło kosztów postępowania, a zatem było postanowieniem. O tym, że orzeczenie o kosztach zawarte w wyroku Izby jest postanowieniem przesądził Sąd Najwyższy w uchwale z 8 grudnia 2005 r. III CZP 109/05 (OSN 2006/11/182). Z powołanego przepisu art. 553 zd. 1 ustawy Pzp wynika zakaz wydawania przez Izbę orzeczenia o charakterze merytorycznym w innej formie aniżeli wyrok. Z uwagi zatem na zbieg w jednym orzeczeniu rozstrzygnięć o

charakterze merytorycznym (pkt 1, 2 sentencji) i formalnym (pkt 3 sentencji), całe orzeczenie musiało przybrać postać wyroku.

Zgodnie z przepisem art. 554 ust. 1 pkt 1 ustawy Pzp, Krajowa Izba Odwoławcza *uwzględnia odwołanie w całości lub w części, jeżeli stwierdzi naruszenie przepisów ustawy, które miało wpływ lub może mieć istotny wpływ na wynik postępowania o udzielenie zamówienia, konkursu lub systemu kwalifikowania wykonawców*. W analizowanej sprawie stwierdzone naruszenie art. 224 ust. 1 ustawy Pzp może mieć istotny wpływ na wynik postępowania o udzielenie zamówienia.

W świetle art. 554 ust. 3 pkt 1 ustawy Pzp, *uwzględniając odwołanie, Izba może jeżeli umowa nie została zawarta:*

*a) nakazać wykonanie lub powtórzenie czynności zamawiającego albo*

*b) nakazać unieważnienie czynności zamawiającego, albo*

*c) nakazać zmianę projektowanego postanowienia umowy albo jego usunięcie, jeżeli jest niezgodne z przepisami ustawy.*

W konsekwencji Izba nakazała zamawiającemu unieważnienie czynności wyboru oferty najkorzystniejszej w zakresie części 4 zamówienia, powtórzenie czynności badania i oceny ofert, w sposób opisany w pkt 1 sentencji.

Wobec powyższego, na podstawie art. 554 ust. 1 pkt 1 i art. 554 ust. 3 pkt 1 i 2 ustawy Pzp, orzeczono jak w pkt 1 sentencji.

Odnośnie żądań, których Izba nie podzieliła, na podstawie art. 554 ust. 2 ustawy Pzp, orzeczono jak w pkt 2 sentencji. Stosownie do przywoływanego przepisu, *w przypadku uwzględnienia odwołania w części, w sentencji wyroku Izba wskazuje, które zarzuty uznała za uzasadnione, a które za nieuzasadnione*.

Wobec powyższego, na podstawie art. 554 ust. 2 ustawy Pzp, orzeczono jak w pkt 2 sentencji.

Zgodnie z art. 557 ustawy Pzp, *w wyroku oraz w postanowieniu kończącym postępowanie odwoławcze Izba rozstrzyga o kosztach postępowania odwoławczego*. Z kolei w świetle art. 575 ustawy Pzp, *strony oraz uczestnik postępowania odwoławczego wnoszący sprzeciw ponoszą koszty postępowania odwoławczego stosownie do jego wyniku*.

Stosownie do § 7 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):

2. W przypadku uwzględnienia odwołania przez Izbę w części, koszty ponoszą:

- 1) odwołujący i zamawiający, jeżeli w postępowaniu odwoławczym po stronie zamawiającego nie przystąpił żaden wykonawca albo uczestnik postępowania odwoławczego, który przystąpił do postępowania po stronie zamawiającego, nie wniósł sprzeciwu wobec uwzględnienia przez zamawiającego zarzutów przedstawionych w odwołaniu w całości albo w części, albo

3. W przypadku, o którym mowa w ust. 2 pkt 1 i 2, Izba rozdziela:

- 1) wpis stosunkowo, zasądzając odpowiednio od zamawiającego albo uczestnika postępowania odwoławczego wnoszącego sprzeciw na rzecz odwołującego kwotę, której wysokość ustali, obliczając proporcję liczby zarzutów przedstawionych w odwołaniu, które Izba uwzględniła, do liczby zarzutów, których Izba nie uwzględniła;
- 2) koszty, o których mowa w § 5 pkt 2, w sposób określony w pkt 1 lub znosi te koszty wzajemnie między odwołującym i odpowiednio zamawiającym albo uczestnikiem postępowania odwoławczego wnoszącym sprzeciw.

Jak wskazuje się w piśmiennictwie, reguła ponoszenia przez strony kosztów postępowania odwoławczego stosownie do wyników postępowania odwoławczego oznacza, że „obowiązuje w nim, analogicznie do procesu cywilnego, zasada odpowiedzialności za wynik procesu, według której koszty postępowania obciążają ostatecznie stronę „przegrywającą” sprawę (por. art. 98 § 1 k.p.c.)” Jarosław Jerzykowski, *Komentarz do art. 192 ustawy - Prawo zamówień publicznych*, w: Dzierżanowski W., Jerzykowski J., Stachowiak M. *Prawo zamówień publicznych. Komentarz*, LEX, 2014, wydanie VI.

W analizowanej sprawie odwołanie okazało się zasadne w zakresie jednego zarzutu i chybione w zakresie drugiego zarzutu. Odpowiedzialność za wynik postępowania ponosił zatem odwołujący w części 1/2 i zamawiający w części 1/2. Na koszty postępowania składał się wpis od odwołania uiszczony przez odwołującego w kwocie 7.500 zł, oraz koszty poniesione przez zamawiającego z tytułu wynagrodzenia pełnomocnika w wysokości 3.600 zł, ustalone na podstawie rachunku złożonego do akt sprawy (łącznie 11.100 zł).

Odwołujący poniósł dotychczas koszty postępowania odwoławczego w wysokości 7.500 zł tytułem wpisu od odwołania, tymczasem odpowiadał za nie jedynie do wysokości 5.550 zł (11.100 zł x 1/2). Wobec powyższego Izba zasądziła od zamawiającego na rzecz odwołującego kwotę 1.950 zł (7.500 zł – 5.550 zł), stanowiącą różnicę pomiędzy kosztami poniesionymi dotychczas przez odwołującego a kosztami postępowania, za jakie odpowiadał w świetle jego wyniku.

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 § 7 ust. 2 pkt 1 oraz § 7 ust. 3 pkt 1 i 2 w zw. z § 5 pkt 1 oraz pkt 2 lit. b 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:** .....