

**WYROK**

**z dnia 20 grudnia 2022 r.**

**Krajowa Izba Odwoławcza – w składzie:**

**Przewodniczący: Małgorzata Rakowska**

Protokolant: Mikołaj Kraska

po rozpoznaniu na rozprawie w dniu 15 grudnia 2022 r. w Warszawie odwołania wniesionego do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej w dniu 5 grudnia 2022 r. przez wykonawcę **EKO-SAM BIS Sp. z o.o. z siedzibą w miejscowości Jakubów, ul. Dobra 12, 05-306 Jakubów** w postępowaniu prowadzonym przez zamawiającego **Gminę Jakubów, ul. Mińska 15, 05-306 Jakubów**

**orzeka:**

1. Oddala odwołanie.
2. Kosztami postępowania odwoławczego obciąża wykonawcę **EKO-SAM BIS Sp. z o.o. z siedzibą w miejscowości Jakubów, ul. Dobra 12, 05-306 Jakubów** i:
  - 2.1. zalicza w poczet kosztów postępowania odwoławczego kwotę **15 000 zł 00 gr** (słownie: piętnaście tysięcy złotych zero groszy) uiszczoną przez wykonawcę **EKO-SAM BIS Sp. z o.o. z siedzibą w miejscowości Jakubów, ul. Dobra 12, 05-306 Jakubów** tytułem wpisu od odwołania.
  - 2.2. zasądza od wykonawcy **EKO-SAM BIS Sp. z o.o. z siedzibą w miejscowości Jakubów, ul. Dobra 12, 05-306 Jakubów** na rzecz zamawiającego **Gminy Jakubów, ul. Mińska 15, 05-306 Jakubów** kwotę **3 600 zł 00 gr** (słownie: trzy tysiące sześćset złotych zero groszy) stanowiącą koszty postępowania odwoławczego poniesione z tytułu 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 (tj.: Dz. U. z 2022 r., poz. 1710) 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**

Gmina Jakubów, zwana dalej „Zamawiającym”, działając na podstawie przepisów ustawy z dnia 11 września 2019 r. Prawo zamówień publicznych (tj.: Dz. U. z 2022 r., poz. 1710), zwanej dalej „ustawą Pzp”, prowadzi postępowanie o udzielenie zamówienia na „Odbiór i zagospodarowanie odpadów komunalnych od właścicieli nieruchomości zamieszkałych na terenie gminy Jakubów.

Ogłoszenie o przedmiotowym zamówieniu zostało opublikowane w Dzienniku Urzędowym Unii Europejskiej z dnia 23 września 2022 r. pod nr 2022/S 184-519753.

W dniu 5 grudnia 2022 r. (pismem z tej samej daty) wykonawca EKO-SAM BIS Sp. z o.o. z siedzibą w miejscowości Jakubów, zwany dalej „Odwołującym”, wniósł odwołanie od niezgodnych z przepisami ustawy czynności podjętych przez Zamawiającego, tj. wobec dokonania niezgodnej z przepisami ustawy czynności odrzucenia oferty Odwołującego oraz dokonania wyboru oferty najkorzystniejszej wykonawcy Przedsiębiorstwo Gospodarki Komunalnej Sp. z o.o. z siedzibą w miejscowości Węgrów, zwanego dalej „wykonawcą PGK”, zarzucając Zamawiającemu naruszenie:

1. art. 226 ust. 1 pkt. 2 lit. c ustawy Pzp poprzez jego niewłaściwe zastosowanie w sprawie i w konsekwencji błędne odrzucenie oferty Odwołującego, zarzucając Odwołującemu brak złożenia wyjaśnień treści załączonego dokumentu w postaci umowy nr 02/01/Z/2022 użyczenia samochodów z dnia 20.10.2022 roku podczas gdy: - wykonawca takie wyjaśnienia złożył, zaś bez względu na to czy zostały one złożone czy też zaniechano by ich złożenia, nie zachodziły przesłanki do odrzucenia oferty albowiem wraz z ofertą wykonawca złożył dokument JEDZ na potwierdzenie spełnienia warunków udziału w postępowaniu i brak podstaw wykluczenia który nie był przedmiotem wyjaśnień/ uzupełnień - dokument umowy nr 02/01/Z/2022 użyczenia samochodów z dnia 20.10.2022 roku nie był wymagany do złożenia w przedmiotowym postępowaniu i nie służył potwierdzeniu spełnienia warunku udziału w postępowaniu,
2. art. 226 ust. 1 pkt. 8 ustawy Pzp poprzez jego niewłaściwe zastosowanie w sprawie, a polegające uznaniu, że cena oferty Odwołującego jest ceną rażąco niską w stosunku do przedmiotu zamówienia, podczas gdy wykonawca w sposób szczegółowy i wyczerpujący przedstawił stosowne wyjaśnienia ceny oferty na wezwania Zamawiającego,

3. art. 253 ust. 1 ustawy Pzp poprzez dokonanie wyboru najkorzystniejszej oferty wykonawcy PGK podczas gdy oferta ta nie była ofertą najkorzystniejszą w tym postępowaniu w świetle kryteriów oceny ofert,
4. art. 16 pkt. 1 ustawy Pzp polegające na naruszeniu zasady równego traktowania wykonawców i zasady uczciwej konkurencji polegający na wyborze oferty najkorzystniejszej wykonawcy który nie spełnia warunków udziału w postępowaniu i winien zostać odrzucony.

Odwołujący wniósł o nakazanie Zamawiającemu:

1. unieważnienie czynności wyboru najkorzystniejszej oferty,
2. unieważnienie czynności odrzucenia oferty złożonej przez Odwołującego,
3. dokonanie ponownej czynności badania i oceny ofert oraz wyboru jako najkorzystniejszej oferty Odwołującego,
4. zwrotu kosztów postępowania odwoławczego w tym kosztów wynagrodzenia pełnomocnika, według rachunków przedstawionych na rozprawie.

W uzasadnieniu odwołania Odwołujący podniósł m.in., że w myśl Rozdziału VI SWZ wykonawca, przygotowując JEDZ może ograniczyć się tylko do wypełniania sekcji części IV formularza JEDZ i nie musi wypełniać żadnej z pozostałych sekcji A-D w części IV. Właściwej (dowodowej) weryfikacji spełniania konkretnych, określonych przez Zamawiającego, warunków udziału w postępowaniu Zamawiający dokona co do zasady w oparciu o stosowne dokumenty składane przez Wykonawcę, którego oferta została oceniona najwyżej, na wezwanie zamawiającego (art. 126 ust. 1 ustawy Pzp).

Odwołujący zgodnie z dokumentacją zamówienia wraz z ofertą złożył wymagany JEDZ jako oświadczenie wstępne potwierdzające spełnienie warunków udziału w postępowaniu oraz braku podstaw wykluczenia, ograniczając się do wypełnienia sekcji części IV.

W formularzu ofertowym Odwołujący wykazał posiadanie 6 pojazdów z normą emisji spalin EURO 6 w celu uzyskania dodatkowych punktów w postawionych kryteriach oceny ofert (aspekt środowiskowy). Zgodnie z wykazem pojazdów Odwołujący w tym kryterium powinien uzyskać maksymalną ilość punktów. Odwołujący mimo, że nie miał takiego obowiązku przedłożył również umowę stanowiącą podstawę prawną dysponowania tymi pojazdami. Pismem z dnia 08 listopada 2022 roku Zamawiający wezwał Odwołującego w trybie art. 128 ust. 4 ustawy Pzp do udzielenia wyjaśnień treści załączonego dokumentu w postaci umowy nr 02/01/Z/2022 użyczenia samochodów z dnia 20.10.2022 r., poprzez dołączenie umowy lub zgody właściciela pojazdów, z której będzie wynikało że Firma RDF Sp. z o.o. z siedzibą w Ostrołęce jest uprawniona do użyczenia pojazdów wymienionych w ww. umowie innemu podmiotowi (Firmie).

W odpowiedzi pismem z dnia 14 listopada 2022 roku Odwołujący wyjaśnił, iż na dzień złożenia oferty posiadał wszystkie wymagane przez Zamawiającego dokumenty - na potwierdzenie podstawy dysponowania pojazdami wskazanymi w ofercie załączona została Umowa użyczenia pojazdów Nr 02/01/Z/2022 z dnia 20.10.2022 roku zawarta z firmą RDF Sp. z o.o. z siedzibą w Ostrołęce. Odwołujący złożył zatem wszelkie niezbędne wyjaśnienia w tym zakresie.

Nadto wraz z ofertą Odwołujący złożył dowody rejestracyjne pojazdów wykazujące normę emisji spalin EURO 6 dla pojazdów, które przyznawały dodatkowe punkty w świetle kryteriów oceny ofert.

Zamawiający w piśmie z dnia 08.11.2022 roku wraz ze złożeniem wyjaśnień zażądał przedłożenia dodatkowych dokumentów w postaci umowy lub zgody właściciela pojazdów, z której będzie wynikało że Firma RDF Sp. z o.o. z siedzibą w Ostrołęce jest uprawniona do użyczenia pojazdów wymienionych w ww. umowie innemu podmiotowi (Firmie). Dokumenty takie nie były wymagane przez Zamawiającego zgodnie z SWZ. Zamawiający nie mógł zatem żądać tego typu dokumentów od Odwołującego. Odrzucenie oferty Odwołującego było działaniem niezgodnym z prawem. W przedmiotowej sprawie nie zachodziła żadna z okoliczności skutkujących odrzuceniem odwołania. Zamawiający nie miał bowiem jakichkolwiek zastrzeżeń do złożonego przez Odwołującego JEDZ-a. Zamawiający nie wezwał również Odwołującego do złożenia dokumentów podmiotowych w trybie art. 126 ust. 1 ustawy Pzp, które to dokumenty miałby wykazać brak spełnienia warunków udziału w postępowaniu lub istnienia podstaw wykluczenia. Zamawiający nie wzywał również Odwołującego do jakiegokolwiek uzupełnienia dokumentów podmiotowych w trybie art. 128 ust. 1 ustawy Pzp. Tymczasem Zamawiający podjął decyzję o odrzuceniu oferty Odwołującego uznając, że Odwołujący niedostatecznie wyjaśnił treść przedłożonej umowy nr 02/01/Z/2022 użyczenia samochodów z dnia 20.10.2022 r., której przedkładać w ogóle nie musiał, a przy okazji został obarczony złożeniem kolejnych dokumentów, które nie były wymagane w przetargu. Podkreślić bowiem należy, że załączona przez Odwołującego umowa nr 02/01/Z/2022 użyczenia samochodów z dnia 20.10.2022 roku jest ważna i daje podstawę dysponowania pojazdami, które są przedmiotem tej umowy. Należy jest to umowa użyczenia lecz umowa dzierżawy jednak to również nie ma jakiegokolwiek znaczenia dla ważności tej umowy. O rodzaju umowy świadczy jej treść, a nie tytuł/nazwa umowy. Z treści umowy wynika jednoznacznie, że Odwołujący będzie dysponować 6 pojazdami EURO - 6 typu śmieciarka na potrzeby związane z prowadzoną działalnością gospodarczą. Odwołujący pojazdy te będzie mógł wykorzystywać również na potrzeby przedmiotowego zamówienia publicznego o czym oświadczył w ofercie. Nie sposób zatem uznać dlaczego Zamawiający uznał, że Odwołujący nie wykazał dysponowania tymi pojazdami i dlaczego miałby nie uzyskać dodatkowych punktów zgodnie z przyjętymi kryteriami oceny ofert! W celu

spełnienia ww. kryterium wykonawca musiał przedłożyć wykaz pojazdów jakie będą używane do realizacji zamówienia ze wskazaniem spełnianej przez nie normy emisji spalin min. Euro 6 wraz z dokumentami potwierdzającymi spełnianie tej normy. Nie ulega wątpliwości, że w całym okresie zamówienia Odwołujący wykazał dysponowanie 6 pojazdami o normie spalin EURO 6. Odwołujący przedłożył kopię dokumentów potwierdzającą normę emisji spalin EURO 6 - wraz z ofertą zostały złożone dowody rejestracyjne pojazdów. W tym zakresie oferta Odwołującej winna uzyskać 30 pkt. W ocenie Odwołującego odrzucenie oferty wynika z faktu, że Zamawiający nie odróżnia instytucji „warunków zamówienia” od „kryteriów oceny ofert”.

To właśnie warunki udziału w postępowaniu muszą być spełnione na dzień otwarcia ofert i zgodnie z JEDZ warunki te zostały spełnione zaś Zamawiający bezpodstawnie zaniechał dalszego badania w trybie art. 126 ust. 1 ustawy Pzp

Odwołujący odniósł się także do zarzutu naruszenie art. 226 ust. 1 pkt. 8 ustawy Pzp, podnosząc że Zamawiający mimo odrzucenia oferty Odwołującego z powodu rażąco niskiej ceny ograniczył się jedynie do uzasadnienia faktycznego swojej decyzji. W tej sytuacji Odwołujący jedynie domniemywa, że podstawą prawną jest przepis art. 226 ust. 1 pkt. 8 ustawy Pzp. Bez wątplenia uchybienie formalne Zamawiającego w tym zakresie znacznie utrudnia prawidłowe i pełne skorzystanie ze środków ochrony prawnej jakie przysługują Odwołującemu zgodnie z ustawą Pzp. Zamawiający zobowiązany był podać uzasadnienie faktyczne i prawne. W uzasadnieniu faktycznym swojej decyzji Zamawiający poświęcił bardzo dużo uwagi w zakresie oceny wyjaśnień rażąco niskiej ceny oferty Odwołującego. Istnieje wewnętrzna sprzeczność w stanowisku Zamawiającego stanowiącego powody odrzucenia oferty Odwołującego. Z jednej bowiem strony Zamawiający stoi na stanowisku, że wykonawca nie wykazał dysponowaniem 6 pojazdami EURO 6 na potrzeby realizacji zamówienia, a z drugiej strony bierze jednak pod uwagę te pojazdy przy swojej kalkulacji cenowej, która ma podważyć w tym zakresie wyjaśnienia ceny złożone przez Odwołującego. Zamawiający dwukrotnie wzywał wykonawcę do wyjaśnienia rażąco niskiej ceny i wydaje się, że jedynie wątpliwości, które zdaniem Zamawiającego nie do końca zostały wyjaśnione dotyczą kosztów utrzymania pojazdów. Odwołujący oświadczył, że w pełni podtrzymuje swoje wyjaśnienia ceny oferty oraz wszystkie przedłożone dowodowy na ich poparcie.

Pismem z dnia 09.11.2022 roku Odwołujący szczegółowo i jednoznacznie odniósł się do żądania złożenia wyjaśnień przez Zamawiającego w zakresie kosztów związanych z pojazdami służącymi do realizacji zamówienia. W odpowiedzi na pismo z dnia 07.11.2022 r., znak:BiF.271.17.2022.AW Odwołujący przedstawił szczegółową kalkulację kosztów dodatkowych związanych z serwisem, użyczeniem i opłatami drogowymi pojazdów w przeliczeniu na jeden pojazd. Do realizacji przedmiotowego zamówienia będzie wykorzystywanych zamiennie 6 pojazdów (w zależności od potrzeb i aktualnej dostępności)

będących w posiadaniu Odwołującego na podstawie Umowy Nr 02/01/Z/2022 użyczenia pojazdów zawartej w dniu 20.10.2022 r. z firmą RDF Sp. z o.o. jednakże zgodnie z przedstawionymi Zamawiającemu wyliczeniami do przedmiotowego zamówienia faktyczne wykorzystywanie będzie wynosić ~45% jednego pojazdu. Pojazdy użytkowane na podstawie w/w umowy są wykorzystywane zamiennie do różnych zamówień realizowanych również na terenach innych gmin. Na potrzeby realizacji niniejszego zamówienia publicznego nie będzie wykorzystywanych 6 pojazdów jednocześnie. Stąd też wykonawca wskazywał na ich zamienne wykorzystywanie. Pojazdy te zgodnie z przedłożoną umową stanowią środki trwałe wykonawcy i mogą być wykorzystywane do realizacji zupełnie innych usług. Odwołujący pokazał, że posiada odpowiedni tabor, który pozwala na realizację zamówienia pojazdem EURO 6 tak aby spełnić aspekt środowiskowy. Wykonawca posiada tabor pojazdów EURO 6 w większej ilości niż wymaga tego to zamówienie w sensie faktycznym po to aby np. zastąpić dany pojazd innym pojazdem o takiej samej emisji w przypadku awarii. To wykonawca decyduje o odpowiedniej logistyce i organizacji w celu prawidłowej realizacji usługi. Zamawiający nie może w tym zakresie ingerować i snuć domysły w sposób zarządzania flotą wykonawcy, co miałyby prowadzić do ponoszenia większych kosztów niż to faktycznie wykonawca wykazuje. Wykonawca jest doświadczonym przedsiębiorcą, dobrze znającym realia świadczenia usługi na terenie gm. Jakubów (kiedyś bowiem realizował już tutaj zamówienie) i doskonale wie, że w rzeczywistości przeważający zakres zamówienia będzie realizowany jednym pojazdem do odbioru odpadów komunalnych spod posesji użytkowanym średnio przez połowę miesiąca oraz jednym samochodem użytkowanym tylko jeden dzień w miesiącu do odbioru odpadów z Punktu Selektywnego Zbierania Odpadów Komunalnych. W przypadku, gdyby do realizacji przedmiotowego zamówienia użytkowane były np. 4 pojazdy do odbioru odpadów komunalnych spod posesji, usługa w tym zakresie wykonywana byłaby przez jedynie dwa dni w miesiącu oraz dodatkowo tylko dzień w roku na odbiór odpadów wielkogabarytowych.

Zamawiający w dniu 5 grudnia 2022 r. przekazał wykonawcom uczestniczącym w postępowaniu o udzielenie zamówienia kopię odwołania drogą elektroniczną.

Do postępowania nie zgłosił przystąpienia żaden wykonawca.

W dniu 13 grudnia 2022 r. (pismem z 12 grudnia 2022 r.) Zamawiający złożył odpowiedź na odwołanie, w której wniósł o oddalenie odwołania w całości oraz zasądzenie od Odwołującego na rzecz Zamawiającego kosztów postępowania zgodnie z załączoną fakturą.

**Uwzględniając dokumentację z przedmiotowego postępowania o udzielenie zamówienia publicznego, w tym SWZ, złożone oferty, jak również biorąc pod uwagę**

**oświadczenia i stanowiska Stron złożone podczas rozprawy, skład orzekający Izby ustalił i zważył, co następuje:**

Izba nie znalazła podstaw do odrzucenia odwołania w związku z tym, iż nie została wypełniona żadna z przesłanek negatywnych, uniemożliwiających merytoryczne rozpoznanie odwołania, wynikających z art. 528 ustawy Pzp.

Izba również stwierdziła, że wypełniono przesłanki istnienia interesu Odwołującego w uzyskaniu przedmiotowego zamówienia oraz możliwości poniesienia szkody w wyniku naruszenia przez Zamawiającego przepisów art. 505 ust. 1 ustawy Pzp.

Izba rozpoznając sprawę uwzględniła akta sprawy odwoławczej, które zgodnie z § 8 rozporządzenia Prezesa Rady Ministrów z dnia 30 grudnia 2020 roku w sprawie postępowania przy rozpoznawaniu odwołań przez Krajową Izbę Odwoławczą (Dz. U. z 2020 r. poz. 2453) stanowią odwołanie wraz z załącznikami oraz dokumentacją postępowania o udzielenie zamówienia w postaci elektronicznej lub kopia dokumentacji, o której mowa w § 7 ust. 2, a także inne pisma składane w sprawie oraz pisma kierowane przez Izbę lub Prezesa Izby w związku z wniesionym odwołaniem.

Izba uwzględniła także stanowiska oraz oświadczenia Stron wyrażone w pismach oraz złożone ustnie przez Strony do protokołu posiedzenia i rozprawy.

Izba dopuściła zawnioskowane przez Odwołującego i złożone w trakcie rozprawy dowody, tj.: 6 upoważnień PKP Leasing S.A., III Oddział w Ostrołęce (dowód nr 1), Harmonogram odbioru odpadów komunalnych na rok 2023 Gmina Jakubów – cała gmina na jednym kalendarzu, Harmonogram odbioru odpadów komunalnych na rok 2023 Gmina Jakubów – Rejon 1 oraz Harmonogram odbioru odpadów komunalnych na rok 2023 Gmina Jakubów – Rejon 2 (dowód nr 2) oraz Harmonogram odbioru odpadów komunalnych na rok 2023 Gmina Jakubów – cała gmina na jednym kalendarzu, Harmonogram odbioru odpadów komunalnych na rok 2023 Gmina Jakubów – Rejon 1 oraz Harmonogram odbioru odpadów komunalnych na rok 2023 Gmina Jakubów – Rejon 2 (dowód nr 3).

Mając na uwadze powyższe skład orzekający Izby merytorycznie rozpoznał złożone odwołanie, uznając że odwołanie podlega oddaleniu.

**Zarzut naruszenia art. 226 ust. 1 pkt 2 lit. c) ustawy Pzp potwierdził się.**

Izba ustaliła następujący stan faktyczny:

Zamawiający w rozdziale XIII „Sposób przygotowania oferty”, pkt 6 podał, że „zaleca się aby Wykonawcy do sporządzenia oferty wykorzystali załączniki stanowiące integralną część SWZ”.

Zgodnie z treścią SWZ , pkt 1.2. „Aspekty środowiskowe” stanowiły jedno z kryteriów oceny ofert. W celu spełnienia tego kryterium wykonawca musiał przedłożyć wykaz pojazdów jakie będą używane do realizacji zamówienia ze wskazaniem spełnianej przez nie normy emisji spalin min. Euro 6 wraz z dokumentami potwierdzającymi spełnianie tej normy.

Wykonawca zobowiązany był złożyć ofertę według wzoru stanowiącego Załącznik do SWZ „Oferta”, wypełniając tabelę zawartą pod punktem 3 „Usługa wywozu odpadów będzie świadczona z wykorzystaniem 6 pojazdów spełniających normę emisji spalin min. Euro 6, tj.” i podać „Pojazdy dostępne wykonawcy w celu realizacji zamówienia publicznego (nazwa, marka)”, „Normę Euro”, „Rok produkcji” i „Podstawę dysponowania pojazdami”.

Odwołujący złożył formularz „Oferty”, w którym w kolumnie „Pojazdy dostępne wykonawcy w celu realizacji zamówienia publicznego (nazwa, marka)” wyspecyfikował 6 pojazdów „Samochód Ciężarowy, Mercedes Benz Antos”, wpisując w odniesieniu do wszystkich pojazdów: w kolumnie „Norma Euro” „Euro VI, w kolumnie „Rok produkcji” „2018” a w kolumnie „Podstawa dysponowania pojazdami” „Umowa użyczenia”. Do oferty załączył także „Umowę nr 02/01/Z/2022 Użyczenia samochodów” zawartą w dniu „20.10.2022 r.” pomiędzy RDE Sp. z o.o. z siedzibą w Ostrołęce a EKO-SAM BIS Sp. z o.o. z siedzibą w miejscowości Jakubów oraz sześć dowodów rejestracyjnych, w których jako właściciel pojazdów figuruje „PKO Leasing Spółka Akcyjna III Oddział w Ostrołęce”.

Pismem z dnia 8 listopada 2022 r. Zamawiający, działając na podstawie art. 128 ust. 4 ustawy Pzp, wezwał Odwołującego do złożenia wyjaśnień treści załączonego dokumentu w postaci umowy nr 02/01/Z/2022 użyczenia samochodów z dnia 20.10.2022 r. poprzez dołączenie umowy lub zgody właściciela pojazdów, z której będzie wynikało, że Firma RDF Sp. z o.o. jest uprawniona do użyczenia pojazdów wymienionych w ww. umowie innemu podmiotowi (Firmie). Wyjaśnienia należało przesłać w terminie do dnia 14 listopada 2022 r.

Odwołujący, pismem z dnia 14 listopada 2022 r., wystąpił do Zamawiającego o przedłużenie terminu na złożenie wyjaśnień do dnia 18 listopada 2022 r. z uwagi na nieobecność osoby decyzyjnej w firmie RDF Sp. z o.o.

Zamawiający, pismem z dnia 14 listopada 2022 r., nie wyraził zgody na przedłużenie terminu, dodając iż wymienione dokumenty wykonawca powinien posiadać już na dzień złożenia oferty.

Odwołujący, kolejnym pismem z dnia 14 listopada 2022 r., wystąpił do Zamawiającego o przedłużenie terminu na złożenie wyjaśnień do dnia 18 listopada 2022 r. z uwagi na nieobecność osoby decyzyjnej w firmie RDF Sp. z o.o. Wykonawca wskazał, że na dzień złożenia oferty posiadał wszystkie wymagane dokumenty. Wykonawca podał, że był



wezwany do złożenia dokumentów, które zostały zawarte pomiędzy podmiotami gospodarczymi niezwiązanymi z ich umową, których nie miał obowiązku posiadać.

Zamawiający, pismem z dnia 14 listopada 2022 r., nie wyraził zgody na przedłużenie terminu, dodając iż wymienione dokumenty wykonawca powinien posiadać już na dzień złożenia oferty.

Zamawiający, pismem z dnia 22 listopada 2022 r., poinformował Odwołującego o odrzuceniu jego oferty na podstawie art. 226 ust. 1 pkt 2 lit. c) ustawy Pzp, podając w uzasadnieniu że „wykonawca nie złożył w wyznaczonym terminie wyjaśnień treści załączonego dokumentu w postaci umowy nr 02/01/Z/2022 użyczenia samochodów z dnia 20.10.2022 r. poprzez dołączenie umowy lub zgody właściciela pojazdów, z których by wynikało że Firma RDF Sp. z o.o. jest uprawniona do użyczenia pojazdów”. Wskazał także, że nie wyraził zgody na przedłużenie terminu na złożenie ww. dokumentu z uwagi na to, że wykonawca w piśmie z dnia 14 listopada 2022 r. podał, że „na dzień złożenia oferty posiadał wszystkie wymagane przez Zamawiającego dokumenty, potwierdzające podstawy dysponowania pojazdami wskazanymi w ofercie”.

Mając na uwadze powyższe Izba zważyła, co następuje:

Art. 226 ust. 1 pkt 2, lit. c) ustawy Pzp stanowi, że „Zamawiający odrzuca ofertę, jeżeli: została złożona przez wykonawcę, który nie złożył w przewidzianym terminie oświadczenia, o którym mowa w art. 125 ust. 1, lub podmiotowego środka dowodowego, potwierdzających brak podstaw wykluczenia lub spełnianie warunków udziału w postępowaniu, przedmiotowego środka dowodowego, lub innych dokumentów lub oświadczeń”. Postępowanie o udzielenie zamówienia publicznego jest postępowaniem sformalizowanym, podczas którego wykonawcy muszą przedłożyć w ściśle określonym terminie i trybie oświadczenie, o którym mowa w art. 125 ust. 1 ustawy Pzp, lub podmiotowe i przedmiotowe środki dowodowe oraz inne dokumenty lub oświadczenia, których niezłożenie skutkuje odrzuceniem oferty z zastrzeżeniem art. 128 ust. 1 ustawy Pzp. Przepis art. 128 ust. 1 ustawy Pzp stanowi bowiem, że jeżeli wykonawca nie złożył oświadczenia, o którym mowa w art. 125 ust. 1 ustawy Pzp, podmiotowych środków dowodowych, innych dokumentów lub oświadczeń składanych w postępowaniu lub są one niekompletne lub zawierają błędy, Zamawiający wzywa wykonawcę odpowiednio do ich złożenia, poprawienia lub uzupełnienia w wyznaczonym terminie, chyba że zaistnieją określone w przepisie okoliczności.

W niniejszym stanie faktycznym Odwołujący złożył wraz z ofertą wszystkie oświadczenia i wymagane na tym etapie dokumenty a ponadto Umowę nr 02/01/Z/2022 Użyczenia samochodów” zawartą w dniu „20.10.2022 r.” pomiędzy RDE Sp. z o.o. z siedzibą w Ostrołęce a EKO-SAM BIS Sp. z o.o. z siedzibą w miejscowości Jakubów oraz sześć dowodów rejestracyjnych, w których jako właściciela pojazdów wskazano „PKO Leasing

Spółka Akcyjna III Oddziału w Ostrołęce”. Umowa ta w zestawieniu z wypełnionym wykazem, w którym wykonawcy zobowiązani byli wyspecyfikować pojazdy dostępne im w celu realizacji zamówienia publicznego i podać „podstawy dysponowania tymi pojazdami” oraz złożonymi kopiami dowodów rejestracyjnych poddała w wątpliwość dysponowanie przez Odwołującego wskazanymi w wykazie pojazdami. To w tym zakresie i wobec tak powstałej sprzeczności Zamawiający wezwał Odwołującego do złożenia wyjaśnień w zakresie dotyczącym podstawy dysponowania pojazdami wskazanymi w wykazie pojazdów i dostępnymi wykonawcy pojazdami w celu realizacji tego właśnie zamówienia. Powyższe było konsekwencją oświadczenia złożonego w wykazie i wzbudziło wątpliwości Zamawiającego. Skierował on bowiem do wykonawcy wezwanie dotyczące wyjaśnień w zakresie faktycznego dysponowania zadeklarowanymi w ofercie pojazdami.

Istotnie Zamawiający nie wskazał w treści SWZ obowiązku załączenia do oferty dokumentów potwierdzających podstawę dysponowania posiadanymi pojazdami. Zamawiający nie wymagał więc od wykonawców podania takich informacji a jedynie wskazania w wykazie podstawy dysponowania pojazdami oraz wskazania w wykazie „Normy Euro” wraz z dokumentami potwierdzającymi spełnianie tej normy. Norma Euro stanowiła jedno z kryteriów oceny ofert. Złożony wykaz miał także potwierdzać spełnianie warunków udziału w postępowaniu.

Zamawiający w treści SWZ wskazał, iż przed udzieleniem zamówienia wezwie wykonawcę, którego oferta została najwyżej oceniona do złożenia w wyznaczonym, nie krótszym niż 10 dni terminie, podmiotowych środków dowodowych aktualnych na dzień składania ofert, potwierdzających okoliczności, o których mowa w art. 125 ust. 1 ustawy Pzp, chyba że zamawiający jest w posiadaniu lub ma dostęp do tych podmiotowych środków dowodowych, tj. spełniania przez wykonawcę warunków udziału w postępowaniu. Tak więc ocena oferty Odwołującego pod takim kątem jak dokonywał tego Zamawiający na tym etapie postępowania była przedwczesna. Zamawiający prowadzi bowiem postępowanie w oparciu o ściśle określoną procedurę. Postępowanie o udzielenie zamówienia jest postępowaniem sformalizowanym. Zamawiający zobowiązany jest więc tej procedury przestrzegać. To dopiero na etapie kwalifikacji podmiotowej wykonawcy, którego oferta została najwyżej oceniona, dokonuje jej oceny pod kątem braku podstaw wykluczenia oraz spełniania warunków udziału w postępowaniu. To na tym etapie Zamawiający mógł więc kierować do wykonawcy wezwania dotyczące treści złożonej oferty – w zakresie dotyczącym spełniania warunków udziału w postępowaniu i pojawiających się w ofercie sprzeczności. Wobec tego brak było podstaw do odrzucenia oferty Odwołującego na podstawie art. 226 ust. 1 pkt 2 lit. c) ustawy Pzp. To tę podstawę jako podstawę odrzucenia oferty Odwołującego podano w treści informacji o odrzuceniu jego oferty, mimo że sam Zamawiający przyznał na rozprawie, że podstawą odrzucenia była rażąco niska cena. Tak więc zarzut ten potwierdził się.

### **Zarzut naruszenia art. 226 ust. 1 pkt 8 ustawy Pzp nie potwierdził się**

Izba ustaliła następujący stan faktyczny:

Szacunkową wartość zamówienia Zamawiający ustalił na kwotę 1 450 000,00 zł brutto (kalkulacja kosztów opłaty za gospodarowanie odpadami komunalnymi na 2023 r.).

Zamawiający przed otwarciem ofert poinformował wykonawców, iż na sfinansowanie zamówienia zamierza przeznaczyć kwotę w wysokości 1 450 000,00 zł brutto (Informacja o kwocie jaką Zamawiający zamierza przeznaczyć sfinansowanie zamówienia z dnia 25 października 2022 r.).

Do wyznaczonego terminu składania ofert zostały złożone oferty dwóch wykonawców:

1. Przedsiębiorstwa Gospodarki Komunalnej Sp. z o.o. z siedzibą w Węgrowie – cena oferty 1 048 950,00 zł,
2. EKO-SAM BIS Sp. z o.o. z siedzibą w miejscowości Jakubów – cena oferty 877 716,00 zł brutto.

Zamawiający, działając na podstawie art. 224 ust. 1 ustawy Pzp, pismem z dnia 26 października 2022 r. wezwał Odwołującego do udzielenia wyjaśnień, w tym złożenia dowodów w zakresie wyliczenia ceny w złożonej ofercie zgodnie z art. 224 ust. 3 ustawy Pzp. Wątpliwości Zamawiającego - jak podał w przedmiotowym wezwaniu – budzi m.in. fakt, że w związku z gwałtownymi i nieprzewidzianymi zmianami cen na rynku związanymi z inflacją, która w obecnej chwili w stosunku do ubiegłego roku wynosi 16,5%, cena netto podana w ofercie za 1Mg jest niższa od ceny podanej w ofercie w prowadzonym postępowaniu w 2021 r., która wynosiła 784,00 zł za 1Mg netto. Wątpliwości Zamawiającego budzi także fakt, że za tak niską cenę (przy tak galopującej inflacji) Wykonawca nie będzie mógł zrealizować przedmiotu zamówienia w terminie określonym w postępowaniu, co w przyszłości w trakcie realizacji zamówienia może przynieść odwrotny skutek (wykonawca wystąpi do Zamawiającego o podwyżkę lub wypowie Zamawiającemu umowę).

W odpowiedzi na powyższe Odwołujący, pismem z dnia 2 listopada 2022 r., złożył wyjaśnienia, załączając wyspecyfikowane w wyjaśnieniach dowody oraz zastrzegając informacje zawarte we wskazanym piśmie wraz ze wszystkimi załącznikami do tego pisma jako stanowiące tajemnicę przedsiębiorstwa.

Zamawiający, działając na podstawie art. 224 ust. 2 ustawy Pzp, pismem z dnia 7 listopada 2022 r. wezwał Odwołującego do złożenia szczegółowych wyjaśnień dotyczących sposobu oszacowania w pkt II ppkt 3, w szczególności kosztów dodatkowych związanych z serwisem, użyczeniem, ubezpieczeniem i opłatami drogowymi pojazdów oraz wskazaniem ile pojazdów objętych umową użyczenia będzie wykorzystanych na potrzeby realizacji zamówienia.

W odpowiedzi na powyższe Odwołujący, pismem z dnia 9 listopada 2022 r., złożył wyjaśnienia, załączając wyspecyfikowane w wyjaśnieniach dowody.

Zamawiający, pismem z dnia 22 listopada 2022 r., poinformował wykonawców o wyborze oferty wykonawcy PGK jako najkorzystniejszej oraz o odrzuceniu oferty Odwołującego na podstawie art. 226 ust. 1 pkt 2 lit. c) ustawy Pzp. W uzasadnieniu odrzucenia oferty Odwołującego Zamawiający podał m.in., że wyjaśnienia wykonawcy nie dotyczące rażąco niskiej ceny nie doprowadziły do rozwiania wątpliwości Zamawiającego – wręcz przeciwnie – wywołały dalsze wątpliwości, w tym w zakresie rzeczywistej wysokości oferty. A ponadto Odwołujący nie złożył w wyznaczonym terminie wyjaśnień treści załączonego dokumentu w postaci umowy nr 02/01/Z/2022 użyczenia samochodów z dnia 20.10.2022 r.

Mając na uwadze powyższe Izba zważyła, co następuje:

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. Natomiast 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.

Przepis art. 226 ust. 1 pkt 8 ustawy Pzp nakazuje więc odrzucić ofertę, która zawiera rażąco niską cenę lub koszt w stosunku do przedmiotu zamówienia. Niemniej jednak w sytuacji gdy 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. Jeśli natomiast cena całkowita oferty jest niższa o co najmniej 30% od wartości zamówienia powiększonej o podatek VAT Zamawiający obligatoryjnie zwraca się o udzielenie takich wyjaśnień.

Pojęcia „wydaje się” i „budzi wątpliwości zamawiającego” są pojęciami nieostryimi i mają szerokie możliwości zastosowania. Tak więc Zamawiający, dokonując oceny ofert, musi ją odnieść do realiów rynkowych i na ich podstawie ocenić czy wrażenie niskiego poziomu ceny lub kosztu jest trafne i zobowiązuje do wyjaśnienia ceny oferty danego wykonawcy. Oznacza to, że Zamawiający zobowiązany jest do żądania od wykonawcy udzielenia stosownych wyjaśnień tylko w sytuacji zaistnienia okoliczności określonych w tym przepisie. Instytucja ta umożliwia weryfikację wiarygodności ceny zaoferowanej przez wykonawcę i daje możliwość wezwania wykonawcy przez Zamawiającego do złożenia wyjaśnień rażąco niskiej ceny.

Zamawiający po otrzymaniu odpowiedzi na wezwanie do wyjaśnień rażąco niskiej ceny poddaje je analizie i dopiero w sytuacji gdy złożone wyjaśnienia wraz z dowodami nie uzasadniają ceny lub kosztu tej oferty podlega ona odrzuceniu.

W tym konkretnym stanie faktycznym cena oferty Odwołującego jest niższa o 30% od wartości zamówienia ustalonej przed wszczęciem postępowania. Zamawiający w świetle obowiązujących przepisów był więc zobowiązany do wezwania Odwołującego do złożenia wyjaśnień rażąco niskiej ceny i takie wezwanie wystosował, najpierw w trybie art. 224 ust. 1 ustawy Pzp a następnie w trybie art. 224 ust. 2 ustawy Pzp.

Oferta Odwołującego – jak wyjaśnił Zamawiający – mimo „braku wskazania prawidłowej podstawy odrzucenia” została odrzucona ze względu na rażąco niską cenę. Podstawą decyzji Zamawiającego determinującą uznanie, że cena oferty Odwołującego jest rażąco niska, jak wynika z treści wezwań do złożenia wyjaśnień a także informacji o odrzuceniu oferty Odwołującego, były m.in. kwestie związane z kosztem pojazdów, które miały być wykorzystane do realizacji przedmiotowego zamówienia. Zamawiający w treści oferty żądał bowiem podania przez wykonawcę informacji o „Pojazdach dostępnych wykonawcy w celu realizacji zamówienia publicznego (nazwa, marka)”, w tym także wskazania „Podstawy dysponowania pojazdami”. Odwołujący jednoznacznie podał, że do realizacji zamówienia dysponuje 6 pojazdami, na dowód czego załączył do oferty umowę użyczenia samochodów „nr 02/01/Z/2022 z dnia 20.10.2022 r.”, z treści której wynika, że Odwołujący z tytułu używania wymienionych w tej umowie samochodów (samochodów wyspecyfikowanych w wykazie jako przeznaczonych do „do realizacji zamówienia”) w okresie „od dnia 01.01.2023 r. do 31.12.2023 r.” będzie ponosił koszty w wysokości „1 500,00 zł netto za 1 miesiąc użytkowania każdego z aut”.

Odwołujący, kalkulując cenę oferty – jak wskazał w wyjaśnieniach z dnia 9 listopada 2022 r. - uwzględnił w niej koszty dodatkowe związane z serwisem, użyczeniem i opłatami drogowymi pojazdów w przeliczeniu na jeden pojazd, dodając że do realizacji tego konkretnego zamówienia wykorzystywane będzie jedynie  $\approx 45\%$  jednego pojazdu. Pojazdy będzie bowiem wykorzystywał zamiennie (w zależności od potrzeb i aktualnej dostępności). W kalkulacji ceny uwzględnił koszty, które faktycznie będzie ponosił przy realizacji tego zamówienia, tj. koszt jednego pojazdu a właściwie  $\approx 45\%$  jego wartości, gdyż do realizacji zamówienia zostanie użyty jeden pojazd.

Wobec powyższego Zamawiający, dokonując oceny wyjaśnień wykonawcy i wskazanych w nich kosztów użytkowania pojazdu, powinien był zestawzić je z przedmiotem zamówienia i ustalić czy wykonawca ma możliwość zrealizowania zamówienia jednym pojazdem, ale i deklaracjami wykonawcy złożonymi w ofercie, co do ilości samochodów, które mają być dostępne wykonawcy przy realizacji tego zamówienia. Wykonawca zobowiązany był bowiem złożyć wykaz narzędzi, którymi zobowiązany był dysponować

(zgodnie z warunkami udziału w postępowaniu mają to być cztery pojazdy o ściśle określonych wymaganiach), i co także istotne, wykaz pojazdów dostępnych wykonawcy w celu realizacji zamówienia publicznego składany celem uzyskania punktów w jednym z pozacenowych kryteriów oceny ofert. W kontekście tych informacji należy ocenić złożone przez Odwołującego wyjaśnienia. Ze złożonych wyjaśnień powinno bowiem wynikać jakie rzeczywiste koszty w tym zakresie (w zakresie pojazdów jakimi wykonawca dysponuje do realizacji przedmiotowego zamówienia) poniesie wykonawca. Wykonawca powinien bowiem uwzględnić w kalkulacji ceny wszystkie okoliczności, które mają istotny wpływ na wysokość ceny, w tym koszt pojazdów deklarowanych do realizacji przedmiotowego zamówienia. W sytuacji gdy cena oferty obliuguje Zamawiającego do skierowania do wykonawcy wezwania w zakresie rażąco niskiej ceny wezwany wykonawca, udzielając wyjaśnień powinien szczegółowo wyjaśnić, co wpłynęło na jej obniżenie, a w tym przypadku tak się nie stało. Stąd kolejne wezwanie i kolejne wyjaśnienia, które nadal – jak konsekwentnie podkreślał Zamawiający - nie rozwiały jego wątpliwości. Wykonawca rozliczył koszt związany z serwisem, użyczeniem i opłatami drogowymi, odnosząc je wyłącznie do jednego pojazdu. W treści wyjaśnień odwołał się bowiem „do wykorzystywania zamiennie 6 pojazdów” do realizacji tego zamówienia. Odbiór odpadów komunalnych będzie – jak dodał na rozprawie - realizować przy użyciu jednego bądź też czterech pojazdów w zależności od harmonogramu, który przyjmie do realizacji zamówienia. Ich koszty powinien więc ująć w kalkulacji albo też wyjaśnić w jaki sposób ta kalkulacja została sporządzona i gdzie koszty tych pojazdów zostały ujęte. Wykonawca ma bowiem przygotować i przedstawić Zamawiającemu harmonogram do akceptacji dopiero przed rozpoczęciem realizacji usługi. Niemniej jednak, w wyjaśnieniach poza ogólnym stwierdzeniem, nie wykazał w jakim stopniu i w jakim zakresie pojazdy wskazane przez niego jako te, które będą dostępne „w celu realizacji przedmiotowego zamówienia publicznego” zostaną wykorzystane do realizacji tego konkretnego zadania.. To przecież wykonawca zobowiązany jest do przedstawienia szczegółowych wyjaśnień i dowodów na potwierdzenie tego, że cena jego oferty nie jest rażąco niska. A takich informacji nie przedstawił.

Tym samym Izba uznała, że zarzuty Odwołującego potwierdziły się.

Izba oddaliła odwołanie, mając na uwadze treść art. 554 ust. 1 pkt 1 ustawy Pzp. Przepis ten stanowi, że „Izba uwzględni odwołanie w całości lub części, jeżeli stwierdzi naruszenie przepisów ustawy, które miało wpływ lub może mieć wpływ na wynik postępowania o udzielenie zamówienia (...)”. Ustalenie czy uwzględnienie danego zarzutu ma lub może mieć wpływ na wynik postępowania o udzielenie zamówienia wymaga odrębnej oceny z uwzględnieniem okoliczności danej sprawy. W tym stanie faktycznym uwzględniony został jeden z zarzutów podniesionych przez wykonawcę (Odwołującego), którego oferta

podlega odrzuceniu. Tak więc stwierdzone naruszenie przepisów ustawy Pzp nie ma bezpośredniego związku z rozstrzygnięciem postępowania o udzielenie zamówienia i nie będzie miało wpływu na jego wynik.

Biorąc powyższe pod uwagę, orzeczono jak w sentencji.

O kosztach postępowania orzeczono stosownie do wyniku, na podstawie art. 574 ustawy Prawo zamówień publicznych (tj.: Dz. U. z 2022 r., poz. 1710) oraz w oparciu o przepisy § 8 ust. 2 pkt 1) 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).

**Przewodniczący:** .....