

WYROK
z dnia 21 marca 2023 r.

Krajowa Izba Odwoławcza - w składzie:

Przewodniczący: Robert Skrzyszewski

Protokolant: Mikołaj Kraska

po rozpoznaniu na rozprawie w dniu 17 marca 2023 r. w Warszawie odwołania wniesionego do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej w dniu 3 marca 2023 r. przez wykonawcę ALBA Dolny Śląsk Sp. z o.o. z siedzibą we Wrocławiu w postępowaniu prowadzonym przez Gminę Walim

przy udziale wykonawcy SAP-BUD PPHU S. K., ul. Wileńska 4, 57-230 Kamieniec Ząbkowicki zgłaszającego swoje przystąpienie do postępowania odwoławczego o sygn. akt KIO 585/23 po stronie zamawiającego

orzeka:

1. Uwzględnić odwołanie wykonawcy ALBA Dolny Śląsk Sp. z o.o. z siedzibą we Wrocławiu w części, uznając za uzasadnione:

zarzut nr 1) - naruszenia przez Zamawiającego przepisu art. 239 ustawy z dnia 11 września 2019 r. - Prawo zamówień publicznych ustawy z dnia 11 września 2019 r. - Prawo zamówień publicznych (t.j. Dz. U. z 2022 r., poz. 1710 wraz ze zm.), zwanej dalej ustawą Pzp w związku z art. 224 ust. 5 i ust. 6 ustawy Pzp w związku z art. 226 ust. 1 pkt 8 ustawy Pzp w związku z art. 16 pkt 1 ustawy Pzp,

zarzut nr 3) ewentualny - naruszenia przez Zamawiającego przepisu art. 128 ust. 1 ustawy Pzp w związku z art. 239 ustawy Pzp w związku z art. 16 ustawy Pzp,

zarzut nr 4) - naruszenia przez Zamawiającego przepisu art. 239 ustawy Pzp w związku z art. 240 ust. 2 ustawy Pzp w związku z art. 223 ustawy Pzp oraz

uznając za nieuzasadnione:

zarzut nr 2) - naruszenia przez Zamawiającego przepisu art. 239 ustawy Pzp w związku z art. 109 ust. 1 pkt 7 ustawy Pzp w związku z art. 226 ust. 1 pkt 2 lit a ustawy Pzp,

zarzut nr 3) - naruszenia przez Zamawiającego przepisu art. 239 ustawy Pzp w związku z 226 ust. 1 pkt 2 lit b ustawy Pzp w związku z art. 16 ustawy Pzp,

2. Nakazuje Zamawiającemu Gminie Walim unieważnienie czynności wyboru najkorzystniejszej oferty wykonawcy SAP-BUD PPHU S. K., ul. Wileńska 4, 57-230 Kamieniec Ząbkowicki oraz nakazuje temu Zamawiającemu dokonanie ponownego badania i oceny ofert,

3. Kosztami postępowania obciąża wykonawcę: ALBA Dolny Śląsk Sp. z o.o. z siedzibą we Wrocławiu oraz Zamawiającego Gminę Walim i:

4. Zalicza w poczet kosztów postępowania odwoławczego kwotę 15 000 zł 00 gr (słownie: piętnaście tysięcy złotych zero groszy) uiszczoną przez wykonawcę: ALBA Dolny Śląsk Sp. z o.o. z siedzibą we Wrocławiu tytułem wpisu od odwołania,

5. Zasądza od Gminy Walim na rzecz wykonawcy ALBA Dolny Śląsk Sp. z o.o. z siedzibą we Wrocławiu kwotę zł 9 000 gr (słownie: dziewięć tysięcy złotych zero groszy) stanowiącą rozdzielone koszty postępowania odwoławczego poniesione z tytułu wpisu od odwołania,

6. Znosi wzajemnie pomiędzy stronami koszty postępowania odwoławczego poniesione z tytułu zwrotu kosztów dojazdu na rozprawę i wynagrodzenia pełnomocnika.

Stosownie do art. 579 ust.1 i 580 ust.1 i 2 ustawy z dnia 11 września 2019 r. - Prawo zamówień publicznych (t.j. Dz. U. z 2022 r., poz. 1710 wraz 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: Gmina Walim wszczął postępowanie o udzielenie zamówienia publicznego prowadzonego przez Gminę Walim w trybie przetargu nieograniczonego na „Odbieranie i zagospodarowanie odpadów komunalnych z terenu Gminy Walim”.

Ogłoszenie o zamówieniu opublikowane w Dzienniku Urzędowym Unii Europejskiej w dniu 13 stycznia 2023 r. pod numerem 2023/S 010-019909.

Informację o dokonaniu wyboru oferty najkorzystniejszej wykonawcy SAP-BUD PPHU S. K., ul. Wileńska 4, 57-230 Kamieniec Żąbkowicki, zwanego dalej Przystępującym lub SAP-BUD, w postępowaniu zamieszczono na stronie internetowej Zamawiającego w dniu 23 lutego 2023 r.

Nie zgadzając się z powyższą czynnością Zamawiającego Odwołujący: ALBA Dolny Śląsk Sp. z o.o. z siedzibą we Wrocławiu w dniu 3 marca 2023 r. wniósł odwołanie do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej wobec czynności Zamawiającego podjętych w postępowaniu, polegających na:

- wyborze jako najkorzystniejszej w Postępowaniu oferty złożonej przez SAP-BUD,
- zaniechaniu odrzucenia oferty wykonawcy SAP-BUD pomimo, że oferta tego wykonawcy zawiera rażąco niską cenę, wykonawca ten podlega wykluczeniu i nie spełnia warunków udziału w postępowaniu,
- nieprawidłowym dokonaniu oceny oferty wykonawcy SAP-BUD w postępowaniu.

Odwołujący zarzucił Zamawiającemu naruszenie przepisu:

1. art. 239 ustawy z dnia 11 września 2019 r. - Prawo zamówień publicznych ustawy z dnia 11 września 2019 r. - Prawo zamówień publicznych (t.j. Dz. U. z 2022 r., poz. 1710 wraz ze zm.), zwanej dalej ustawą Pzp w zw. z art. 224 ust. 5 i ust. 6 ustawy Pzp w zw. z art. 226 ust. 1 pkt 8 ustawy Pzp w zw. z art. 16 pkt 1 ustawy Pzp poprzez wadliwy wybór oferty najkorzystniejszej w postępowaniu, w sytuacji, gdy oferta wykonawcy SAP-BUD powinna zostać odrzucona jako zawierająca rażąco niską cenę z uwagi na fakt, że złożone wyjaśnienia przez wykonawcę SAPBUD wraz z dowodami, nie uzasadniają podanej w ofercie wykonawcy SAP-BUD ceny lub kosztu, co stanowi o jednoczesnym dokonaniu przez Zamawiającego wyboru oferty najkorzystniejszej w sposób naruszający uczciwą konkurencję i równe traktowanie wykonawców. Innymi słowy Zamawiający dokonał błędnej oceny

wyjaśnień rażąco niskiej ceny złożonych przez wykonawcę SAP-BUD i w konsekwencji zaniechał odrzucenia oferty tego Wykonawcy;

2. art. 239 ustawy Pzp w zw. z art. 109 ust. 1 pkt 7 ustawy Pzp w zw. z art. 226 ust. 1 pkt 2 lit a ustawy Pzp, z uwagi na fakt, że wykonawca SAP-BUD podlega wykluczeniu z udziału w postępowaniu, ponieważ w dniu 28 stycznia 2023 r. Zamawiający Gmina Miejska Nowa Ruda odstąpiła od umowy nr oŚ.21s.15.2022 zawartej z SAP-BUD w dniu 28.12.2022 r. z przyczyn leżących po stronie wykonawcy SAP-BUD. Mimo to wykonawca SAP-BUD w formularzu JEDZ złożonym w tym postępowaniu w dniu 14 lutego 2023 r. przedstawił oświadczenie zaprzeczające temu faktowi. Przedmiotem tej umowy było „Odbieranie i zagospodarowanie odpadów komunalnych, wytwarzanych przez właścicieli nieruchomości niezamieszkałych z terenu Gminy Miejskiej Nowa Ruda”, a Zamawiający w rozdziale VII pkt 1 lit c SWZ przewidział podstawę do wykluczenia wykonawcy z udziału w postępowaniu w przypadkach określonych w art. 109 ust. 1 pkt 7 ustawy Pzp. Konsekwencją ustalenia, że wykonawca SAB-BUD podlega wykluczeniu z postępowania jest konieczność odrzucenia jego oferty, a tej czynności Zamawiający w postępowaniu nie dokonał, czym jednocześnie naruszył uczciwą konkurencję i równe traktowanie wykonawców;

3. art. 239 ustawy Pzp w zw. z 226 ust. 1 pkt 2 lit b ustawy Pzp w zw. z art. 16 ustawy Pzp poprzez dokonanie wyboru oferty najkorzystniejszej w postępowaniu, w sytuacji, gdy oferta wykonawcy SAP-BUD powinna zostać odrzucona jako nie spełniająca warunków udziału w postępowaniu określonych w rozdziale VI pkt 2 ppkt 4 SWZ – dot. posiadanego doświadczenia, bowiem z dokumentów przedstawionych na wezwanie nie wynika potwierdzenie spełnienia warunków udziału w postępowaniu przez wykonawcę SAP-BUD, co stanowi o jednoczesnym dokonaniu wyboru oferty w sposób naruszający uczciwą konkurencję i równe traktowanie wykonawców;

ewentualnie art. 128 ust. 1 ustawy Pzp w zw. z art. 239 ustawy Pzp w zw. z art. 16 ustawy Pzp poprzez zaniechanie wezwania wykonawcy SAP-BUD do uzupełnienia podmiotowych środków dowodowych celem wykazania spełnienia warunku udziału w postępowaniu dot. doświadczenia (rozdziale VI pkt 2 ppkt 4 SWZ) i przedwczesne dokonanie wyboru oferty najkorzystniejszej w postępowaniu, co jednocześnie narusza zasady uczciwej konkurencji i równego traktowania wykonawców;

4. art. 239 ustawy Pzp w zw. z art. 240 ust. 2 ustawy Pzp w zw. z art. 223 ustawy Pzp poprzez dokonanie zmiany treści oferty wykonawcy SAP-BUD w zakresie kryterium oceny ofert „norma emisji spalin” i ustalenie, że niezgodna z wykazaną w rzeczywistości liczbą pojazdów 4, stanowi oczywistą omyłkę i dokonanie jej zmiany przez Zamawiającego na liczbę 3, tylko po to, aby przyznać wykonawcy SAP-BUD 30 pkt (10 pkt za każdy pojazd), w sytuacji, gdy Zamawiający nie może zmieniać treści oferty. Skoro Zamawiający uznał, że wykonawca SAB-BUD nie posiada zadeklarowanej liczby pojazdów, to nie powinien przyznać żadnych punktów w ramach kryterium oceny ofert wykonawcy SAB-BUD.

Konsekwencją nieprawidłowego zastosowania ustalonego uprzednio kryterium oceny ofert jest dokonanie wyboru oferty wykonawcy z naruszeniem zasad uczciwej konkurencji i równego traktowania wykonawców.

Mając powyższe na uwadze, Odwołujący wnosil o uwzględnienie odwołania i nakazanie Zamawiającemu:

1. unieważnienia czynności wyboru oferty najkorzystniejszej;
2. odrzucenia oferty wykonawcy SAP-BUD jako zawierającej rażąco niską cenę;
3. odrzucenia oferty wykonawcy SAP-BUD jako złożonej przez wykonawcę podlegającego wykluczeniu z udziału w postępowaniu;
4. odrzucenia oferty wykonawcy SAP-BUD jako nie spełniającej warunków udziału w postępowaniu lub ewentualnie wezwanie do przedłożenia podmiotowych środków dowodowych;

ewentualnie, gdyby Izba uznała, że oferta wykonawcy SAB-BUD nie podlega odrzuceniu w ramach powyżej wskazanych podstaw faktycznych i prawnych:

5. dokonania prawidłowej oceny ofert wg ustalonego w rozdziale XVII SWZ kryterium oceny ofert i ustalenie, że wykonawca SAP-BUD w ramach kryterium norma emisji spalin powinien otrzymać 0 pkt.

W odniesieniu do zarzutu nr 1 Odwołujący zwrócił uwagę, że gdy zaistnieją przesłanki do wezwania wykonawcy do złożenia wyjaśnień na podstawie art. 224 ust. 1 lub 2 ustawy Pzp, ustawowym obowiązkiem wykonawcy jest wykazanie, że jego oferta nie zawiera rażąco niskiej ceny. W takiej sytuacji to na wykonawcy spoczywa ciężar dowodu, że zaoferowana cena nie jest rażąco niska. Na powyższe wskazuje wprost art. 224 ust. 5 ustawy Pzp.

Mając na uwadze, że złożone wyjaśnienia stanowią podstawę dla Zamawiającego do oceny prawidłowości zaoferowanej ceny, oczywistym jest Odwołującego, że wyjaśnienia te powinny być wyczerpujące, zawierać uzasadnienie zaoferowanej ceny, w tym wskazanie okoliczności wpływających na zaoferowanie takiej, a nie innej ceny oraz przede wszystkim potwierdzające jej realny charakter.

Wskazał przy tym, że z treści art. 224 ust. 6 ustawy Pzp wynika, że nie tylko nieudzielenie wyjaśnień w wyznaczonym terminie skutkować będzie koniecznością odrzucenia oferty, podstawą do odrzucenia oferty w oparciu o tę przesłankę będzie również sytuacja gdy złożone wyjaśnienia wraz z dowodami nie uzasadniają podanej w ofercie ceny lub kosztu.

W związku z tym podkreślił, że same wyjaśnienia nie są wystarczające, ustawodawca przesądził bowiem, że muszą być one poparte dowodami, zostawiając jednocześnie wykonawcy swobodę w ich doborze.

Według Odwołującego – SAP-BUD złożył wyjaśnienia, jednak z wyjaśnień tych nie wynika, że cena zaoferowana przez SAB-BUD nie zawiera rażąco niskiej ceny, a pomimo tego, Zamawiający uznał te wyjaśnienia za wyczerpujące i dokonał wyboru oferty SAB-BUD jako najkorzystniejszej w postępowaniu, czym naruszył art. 224 ust. 5 i ust. 6 ustawy Pzp w związku z art. 239 ustawy Pzp.

Wywodził, że sposób wykazania, że oferta nie zawiera rażąco niskiej ceny zależy od indywidualnych okoliczności sprawy, zwłaszcza w związku z rodzajem podawanych informacji, będzie można ocenić i przyjąć konieczny sposób i stopień uwiarygodnienia podawanych danych.

Zdaniem Odwołującego - wyjaśnienia powinny być konkretne, jasne, spójne i adekwatne do danego przedmiotu zamówienia, a wyjaśnienia złożone przez wykonawcę SAP-BUD takie nie są.

Po przeanalizowaniu treści złożonych przez SAP-BUD wyjaśnień dot. rażąco niskiej ceny Odwołujący stwierdził, że Zamawiający wezwał SAP-BUD do przedstawienia wyjaśnień w zakresie dot. kosztów pracowniczych.

W ocenie Odwołującego – w tym zakresie SAP-BUD odpowiedział lakonicznie, przedstawiając poniższe wyjaśnienia:

„3.1. PRACOWNICY DO REALIZACJI ZADANIA

Zgodnie z zapisami SWZ, Wykonawca zatrudnia na podstawie umowy o pracę osoby odpowiedzialne za świadczenie usługi.

Umowy pracowników:

– 1 umowa o pracę na czas nieokreślony kwota 4200,35 pln – prawo jazdy kierowcy, Załącznik nr 1;

– 2 umowy o pracę na czas nieokreślony kwota 4188,35 pln – prawo jazdy kierowcy, Załącznik nr 2

– 3 umowy o pracę na czas nieokreślony kwota 4188,35 pln – pomocnik, Załącznik nr 3

– 2 umowy o pracę na czas nieokreślony kwota 2051,34 pln – pomocnik Załącznik nr

– 1 umowa o pracę na czas nieokreślony kwota 5570,75 pln – pracownik biurowy Załącznik nr 5.

Zgodnie z przepisami obowiązującymi na dzień sporządzenia wyjaśnienia (ROZPORZĄDZENIE RADY MINISTRÓW z dnia 13 września 2022 r. w sprawie wysokości minimalnego wynagrodzenia za pracę oraz wysokości minimalnej stawki godzinowej w 2023 r.) dotyczącymi kosztów pracy wysokość wynagrodzenia pracowników spełnia wartość nie niższą niż minimalne wynagrodzenie za pracę. Dodatkowo do wynagrodzenia Wykonawca przewidział kwoty w wysokości od 200zł do 400 zł dla zatrudnionych pracowników, wyliczenia w tabeli.

TABELA NR 1: PRACOWNICY PRZEWDZIANI DO REALIZACJI ZADANIA

p.	Pracownik	Koszt zatrudnienia jednego pracownika (dla pracodawcy)	Koszt dodatkowy pracodawcy	Ilość zatrudnionych osób na stanowisku	Miesięczny koszt utrzymania pracowników
	Kierowca	4200,35	400	1	4600,35
	Kierowca	4188,35	400	2	9176,7
	Kierowca Właściciel firmy	0	0	1	0
	Pomocnik/pracownik	4188,35	200	3	13165,05
	Pomocnik / pracownik (1/2 etatu)	2051,34	100	2	4302,86
	Pracownik biurowy	5570,75	400	0,25	1492,68
Suma					32737,64

Kwota 32.737,64 wzrośnie w dniu 1 lipca 2023 r. o około 4% w związku ze zwiększeniem kwoty minimalnego wynagrodzenia zgodnie z § 3 w/w Rozporządzenia i wynosić będzie 34.047,15 zł.

Zgodnie z przepisami z zakresu prawa pracy i zabezpieczenia socjalnego, pracownicy mają :

- opłacane składki pracownicze na bieżąco, Załącznik 6 Zaświadczenie o niezaleganiu w opłaceniu składek
- szkolenia BHP, Załącznik 7 szkolenia BHP
- odzież robocza. Załącznik nr 8. Faktura zakupowa za odzież ochronną”.

Według Odwołującego - z wezwania do wyjaśnień w sposób ewidentny wynika, że Zamawiający wymagał wskazania zgodności z przepisami z zakresu prawa pracy i zabezpieczenia społecznego, obowiązującymi w miejscu, w którym realizowane jest zamówienie, podczas gdy wykonawca SAB-BUD przedstawił, że w ramach realizacji przedmiotu zamówienia przewidział, że koszt związany ze zleceniem realizacji usługi samodzielnie i osobiście przez osoby fizyczne prowadzące działalność gospodarczą - tu właściciela firmy, to 0 zł.

Argumentował, że oczywistym jest, że właściciel firmy prowadzący działalność gospodarczą w Polsce podlega chociażby obowiązkowi ubezpieczeń społecznych i w ramach tego – w zależności od uzyskiwanych dochodów oraz stosowanej przez niego formy rozliczania prowadzenia działalności gospodarczej, musi opłacić składkę na ZUS. Już ta okoliczność powinna po stronie Zamawiającego wzbudzić uzasadnione wątpliwości co do realności i rzetelności przedstawionych mu przez SAP-BUD wyjaśnień.

Podniósł, że pełne składki ZUS w 2023 dla przedsiębiorców bez ubezpieczenia chorobowego wynoszą najmniej średnio ok. 2070 zł. $2070 \text{ zł} * 16 \text{ miesięcy realizacji kontraktu} = 33\,120 \text{ zł}$ przy czym oczywistym jest, że przyjęta tu stawka jest stawką bazową w 2023 r. wysokość ta na pewno będzie wyższa w kolejnych latach, kiedy trwać ma umowa na przedmiotowe zamówienie.

Odwołujący podważał oświadczenie SAP-BUD ze str. 4 wyjaśnień ceny oferty: „Wykonawca będzie dysponował miesięcznie kwotą na wykonanie zadania 76 447,38zł brutto ($1\,223\,158,32 / 16 \text{ miesięcy}$ daje kwotę 76 447,38 zł brutto) Wykonawca oszacował wydatki na poziomie 66 085,00 zł miesięcznie brutto”, uznając, że wynikająca z tego oświadczenia kwota 11 362,38 zł brutto, czyli 9 998,89 zł netto mająca stanowić miesięczny zysk z realizacji kontraktu wykonawcy SAP-BUD nie jest prawdziwa.

Według Odwołującego - powyższe wskazanie kwot przez SAP-BUD ma charakter gołosłownego oświadczenia, które nie jest poparte żadnym dowodem, kalkulacją, a mimo to Zamawiający uznał to oświadczenie za prawdziwe, rzetelne i udowodnione.

Przekonywał, że sam fakt nie wliczenia kosztów świadczenia usług w ramach kontraktu przez właściciela SAP-BUD, który oczywiście koszty prowadzenia działalności co miesiąc ponosi, wskazuje na brak wliczenia w koszty realizacji usługi kosztów, które byłyby zgodne z przepisami z zakresu prawa pracy i zabezpieczenia społecznego, a do tego wprost w wezwaniu wzywał Zamawiający.

Ponadto, Odwołujący zaznaczył, że ponad wszelką wątpliwość pracownicy świadczący pracę na stanowisku kierowcy nie świadczą pracy za wynagrodzenie odpowiadające najniższemu minimalnemu wynagrodzeniu za pracę. Tym bardziej, że praca pomocnika (ładowacza), który nie musi posiadać uprawnień do prowadzenia pojazdu (mniejsza odpowiedzialność, mniejszy zakres obowiązków) wg wykonawcy SAB-BUD jest tak samo opłacana jak praca kierowcy.

Zdaniem Odwołującego - takie oświadczenie wykonawcy SAB- BUD przeczy nie tylko powszechnie dostępnym informacjom z rynku pracy, ale także zasadom doświadczenia życiowego i logiki.

Odwołujący wskazał, że umowy o pracę przedstawione przez SAB-BUD np. kierowcy wskazanego w wykazie osób w osobie Rafała W. opiewa na kwotę 1750 zł brutto, jest zawarta w dniu 12.10.2015 r. i nie ma żadnego dokumentu potwierdzającego jej zmianę w zakresie wysokości wynagrodzenia za świadczenie pracy w wymiarze całego etatu.

Podobnie Tadeusz P. zgodnie z umową zatrudniony jest za wynagrodzeniem 875 brutto na ½ etatu, co także jest niezgodne z przepisami prawa pracy o minimalnym wynagrodzeniu za pracę. Zatem sama treść dokumentów przedstawionych na potwierdzenie wartości wskazanych w treści wyjaśnień nie jest spójna, konkretna i jasna.

W tym względzie Odwołujący powołał się na dowody z:

- informacji dot. wysokości wynagrodzenia kierowców i ładowaczy w 2023 r.,
- informacji z PUP dot. wynagrodzeń kierowców na terenie objętym przedmiotem umowy.

Ponadto, Odwołujący zauważył, że nie jest możliwe, aby właściciel SAP-BUD jednocześnie pełnił funkcje związane z zarządzaniem firmą oraz wykonywał pracę kierowcy, obok pozostałych dwóch kierowców.

Odwołujący zwrócił również uwagę, że w ramach przedstawionych umów o pracę wykonawca SAP-BUD przedstawił, także umowę o pracę Pana Tadeusza P., który jest zatrudniony na stanowisku pracownika budowlanego.

Z tego faktu Odwołujący wnioskował, że nie jest to osoba świadcząca usługi ładowacza, pomocnika, kierowcy – czyli nie jest zatrudniony na stanowisku, które odpowiadałoby zakresowi usług, do jakich dedykowana jest umowa w tym postępowaniu. Dlatego pracownik ten zapewne świadczy usługi budowlane w ramach przedsiębiorstwa wykonawcy w ramach innych działalności.

Zarzucił również, że koszt szkolenia pracownika z zakresu BHP nie został wskazany w wykazie, w wyjaśnieniach, a Wykonawca powinien go przewidzieć, tym bardziej że przedstawił dowody przeprowadzenia szkolenia.

Wyjaśnił, że koszt ten to ok 50-100 zł za osobę oraz podkreślił przy tym, że kiedy pracownik jest narażony na czynniki niebezpieczne, na przykład przewozi towary sklasyfikowane jako niebezpieczne, wtedy konieczne jest powtarzanie szkolenia okresowego BHP nie rzadziej niż raz w roku. Wiąże się to z koniecznością pokrycia kosztu szkolenia, którego SAP-BUD nie przewidział. Praca za kierownicą to zajęcie wymagające skupienia oraz dobrego stanu fizycznego i psychomotorycznego osoby prowadzącej pojazd.

Zaakcentował, że koszt szkolenia BHP właściciela SAP-BUD także powstaje, a określił on go na poziomie 0 zł – co stanowi kolejne potwierdzenie nierzetelnego skalkulowania ceny oferty i jej rażąco niskiej ceny.

Przedstawione zaświadczenia BHP nie parują się z przedstawionymi umowami o pracę (brak szkolenia S. K.). w zakresie tym powołał się na dowód z cenników szkoleń BHP.

Zauważył, że do trakcie realizacji przedmiotu zamówienia wykonywane są badania lekarskie kierowców oraz badania psychologiczne, podczas których sprawdzana jest sprawność intelektualna i psychomotoryczna kierowców, ich odporność na stres oraz umiejętność funkcjonowania w trudnych sytuacjach. Kiedy pracownik przebywał na zwolnieniu lekarskim nieprzerwanie przez okres dłuższy niż 30 dni. Po powrocie z L4 kierowca musi przejść badania kontrolne, które mają na celu zweryfikowanie, czy nie utracił zdolności do wykonywania swojego zawodu.

W związku z tym zarzucił, że wykonawca nie przewidział tych kosztów w swojej kalkulacji. To pracodawca kieruje pracownika na badania lekarskie, a także za nie płaci. Cena badania lekarskiego to koszt rzędu około 200 zł, badania psychologicznego – 150 zł.

Według Odwołującego - Wykonawca SAP-BUD w swojej kalkulacji nie przewidział w ogóle kosztów zastępstw urlopowych w roku 2023 i 2024, co ma wpływ na nieprawidłowość całej kalkulacji, a w efekcie przekłada się na fakt, iż cena oferty wykonawcy SAP-BUD jest rażąco niska.

Zarzucił również, że Wykonawca nie wliczył w cenę oferty istotnych warunków zatrudnienia - nie pokazał wysokości składki wypadkowej, kosztów PPK, zastępstw urlopowych, chorobowych. Odwołujący zastrzegł przy tym, że konieczność przewidzenia owych pozycji wynika z przepisów kodeksu pracy i przepisów o ubezpieczeniach społecznych. W tym aspekcie każde wezwanie do wyjaśnień ceny jest konkretne. W niniejszej sprawie zamawiający otrzymał ogólnikową odpowiedź, z zupełnym pominięciem tej kwestii, co według Odwołującego potwierdza dowód z Kalkulacji ceny.

Zdaniem Odwołującego - Wykonawca SAP-BUD w wyjaśnieniach jakie złożył nie przewidział zapewnienia zastępstwa przez pracowników wykonujących również inne zlecenia, a co za tym idzie brak konieczności zatrudnienia dodatkowych pracowników ad hoc. W żaden sposób nie wykazał i nie udowodnił owej okoliczności.

Ponadto, Odwołujący wywodził, że w przypadku korzystania z pracowników zgodnie z powyższym powinien przewidzieć koszt ich zatrudnienia proporcjonalnie zgodnie ze stopniem zaangażowania w realizacji niniejszego zamówienia, nie można, bowiem czynić oszczędności w jednym kontrakcie kosztem przerwania pozycji kosztowych na inny kontrakt.

Zwrócił uwagę, że Wykonawca przewidział do zatrudnienia 9 pracowników. Koszt urlopu i chorobowego winien być wyliczony w następujący sposób: Koszty urlopu i chorobowego - 26 dni (wskaźnik urlopowy $\frac{26}{252}$ dni = 10,32%) + chorobowy 2%* = 12,32%. Koszt urlopu i chorobowego liczony jest jako suma wynagrodzenia wraz ze składką ZUS pomnożone przez wskaźnik urlopowo-chorobowy.

Zaznaczył również, że wysokość kosztów PPK, który jest podstawowym kosztem pracowniczym. Wysokość wpłat podstawowych do PPK jest określona przez art. 26 i 27 ustawy o pracowniczych planach kapitałowych (Dz. U. z 2020 r. poz. 1342 z późn. zm.) i

wynosi 1,5% wynagrodzenia dla wpłat finansowanych przez pracodawcę. Wykonawca nie przewidział żadnych kosztów PPK.

Odwołujący postawił również tezę, że Wykonawca nie przewidział żadnych kosztów na zapewnienie wody w miesiącach letnich dla parowników, wyposażenia pracowników w odzież ochronną niezbędną do realizacji usługi, nie udowodnił również, że jest w posiadaniu ww. W przedstawionych fakturach na zakup odzieży ochronnej wskazał jedynie na odzież – jednak bez spodni oraz w ilości nie odpowiadającej zapotrzebowaniu z tego kontraktu. Podniósł, że przedstawiona faktura za odzież roboczą obejmuje polar, kamizelkę, buty i kurtkę, a brak jest spodni, brak częstotliwości zakupu odzieży, brak rękawic itp.

Zdaniem Odwołującego - wartość dowodowa przedstawionego zaświadczenie ZUS, US jest zerowa ponieważ wykonawca przedstawił te dokumenty bez podpisu elektronicznego.

W zakresie zaś pozostałych złożonych wyjaśnień Odwołujący wskazał, że brakuje kalkulacji ceny jednostkowej zaoferowanej (za Mg). W wyjaśnieniach wykonawca SAP BUD podał, że posiada swoją stację paliw i preferencyjne ceny za paliwo.

Zaznaczył, że na fakturze ze stacji grupy ORLEN stawka za litr to 7,65 zł (stawka komercyjna to 7,22 średnia bez rabatu za luty <https://www.autocentrum.pl/paliwa/cenypaliw/dolnoslaskie/>). Rabat SAP BUD najwyższy osiągnięty to 7%.

Zauważył również, że Wykonawca SAP BUD podał w wyjaśnieniach, że: „Dodatkowo na optymalizację kosztów paliwa wpłynę fakt wynajęcia miejsc postojowych w bliskiej lokalizacji obsługiwanego rejonu – Walim”, co jest niezgodne z przepisami prawa, wykonawca musi dysponować bazą magazynowo – transportową, a nie miejscem postojowym – zresztą kosztu wynajmu tych miejsc wykonawca SAP-BUD nie podaje (koszty nie ujęte w wyjaśnieniach).

W ocenie Odwołującego - koszt utrzymania bazy magazynowo- transportowej, która musi spełniać szereg norm nałożonych przepisami jest znacznie wyższy niż wynajem miejsca postojowego, a też nie ujęty w wyjaśnieniach.

Odwołujący uwypuklił również, że nie jest wiadome co kryje się pod nazwą „koszt dodatkowy pracodawcy” i dlaczego kształtuje się on odmiennie w zależności od pracownika.

Odwołujący również dał wyraz temu, że Wykonawca SAP BUD załączył cennik Eco Bielawa, ale nie wskazał cenników wg których generowane będą po jego stronie koszty związane z zagospodarowaniem pozostałych wskazanych w ofercie kodów odpadów - instalacji (dla kodów 15 01 10, 20 01 21 nie wskazano Eco Bielawy w ofercie SAPBUD).

Koszty pojazdów są niższe zdaniem SAP BUD ponieważ pojazdy ma własne jednak w tym zakresie brak dowodów.

Zdaniem Odwołującego od wykonawcy oczekiwać należy przedstawienia szczegółowych kalkulacji ceny ofertowej, popartej dowodami wskazującymi na rynkowy charakter kosztów ujętych w tej kalkulacji i poprawności założeń przyjętych na potrzeby jej dokonania. Przykładowo, aby dokonać weryfikacji, czy wskazane stawki odbioru i transportu są poprawnie skalkulowane, należy uwzględnić między innymi takie czynniki koszt odtwórcze, jak ilość przejechanych kilometrów, ilość zużywanego paliwa, czas niezbędny do wywozu takiej frakcji odpadów. SAP-BUD pominął te kluczowe wartości i tym samym nie przedstawił kompletnej kalkulacji oferowanych stawek.

Odwołujący przy tym sformułował opinię, że podanie kilku wartości liczbowych, nie popartych dowodami należało uznać za niespełniające wymogów stawianych wyjaśnieniom z art. 224 ust. 1 Pzp wskazanych na wstępie.

Mając powyższe na uwadze Odwołujący stwierdził, iż Wykonawca SAP-BUD nie udźwignął spoczywającego na nim ciężaru dowodu, a tym samym w konsekwencji nie obalił domniemania, iż cena przez niego zaoferowana jest rażąco niska.

W przekonaniu Odwołującego - Wykonawca nie znajduje się w wyjątkowo korzystnej sytuacji, która uzasadniałaby zaoferowanie tak niskiej ceny. Szereg kosztów, jakie wykonawcy biorący udział w niniejszym postępowaniu będą musieli ponieść wynika wprost z zapisów SWZ i obowiązujących przepisów prawa (koszty pracownicze) i wykonawcy nie mają możliwości poczynienia w tym zakresie zbyt daleko idących oszczędności.

Odwołujący oświadczył, że na podstawie wyjaśnień ceny oferty dokonał analizy poszczególnych elementów kosztowych, a analiza ta wskazuje, że Wykonawca nie wycenił całego zakresu zamówienia.

Według Odwołującego - opisane uchybienia w zakresie wyjaśnień nie pozwalają na prawidłową weryfikację oferty. Wyjaśnienia nie mogły usunąć wątpliwości Zamawiającego wyartykułowanych w wezwaniu.

Nadmienił, że w niniejszym postępowaniu Zamawiający wyraźnie wskazał, iż oczekuje nie tylko udzielenia wyjaśnień ale też złożenia dowodów, a Wykonawca nie przedstawił dowodów na poparcie twierdzeń i nie udźwignął spoczywającego na nim ciężaru dowodu i w konsekwencji nie obalił domniemania iż cena przez niego zaoferowana jest rażąco niska.

W konsekwencji wyraził przekonanie, że działanie Zamawiającego naruszało także art. 239 ustawy Pzp oraz 16 ustawy Pzp, gdyż doprowadziło do naruszenia zasad uczciwej konkurencji i równego traktowania wykonawców podczas oceny ofert oraz doprowadziło do wyboru oferty wykonawcy, którego oferta powinna podlegać odrzuceniu.

W zakresie zarzutu nr 2 odwołania Odwołujący zwrócił uwagę, że w dniu 28 stycznia 2023 r. Zamawiający Gmina Miejska Nowa Ruda odstąpiła od umowy nr oŚ.21s.15.2022 zawartej z wykonawcą SAP-BUD w dniu 28 grudnia 2022 r. z przyczyn leżących po stronie SAP-BUD, a pomimo to wykonawca SAP-BUD w formularzu JEDZ złożonym w tym postępowaniu w dniu 14.02.2023 r. przedstawił oświadczenie zaprzeczające temu. Przedmiotem tej umowy było „Odbieranie i zagospodarowanie odpadów komunalnych, wytwarzanych przez właścicieli nieruchomości niezamieszkałych z terenu Gminy Miejskiej Nowa Ruda”.

Odwołujący wyjaśnił, że powodem, dla którego Zamawiający Gminy Miejskiej Nowa Ruda odstąpił od umowy było przystąpienie do realizacji umowy przez wykonawcę SAP-BUD pomimo braku wpisu do rejestru działalności regulowanej, tj. dokumentu, który uprawnia do prowadzenia działalności odpowiadającej przedmiotowi zamówienia. Innymi słowy – wykonawca SAP-BUD nie posiadał uprawnień do realizacji umowy, którą zobowiązał się wykonać.

Opisana wyżej sytuacja miała miejsce przed terminem składania ofert w przedmiotowym postępowaniu, zatem Wykonawca SAP-BUD miał pełną świadomość ich istnienia w momencie składania przez niego oświadczenia na formularzu JEDZ w dniu 14 lutego 2023 r., a pomimo tego Wykonawca SAP-BUD w JEDZ oświadczył, że nie znajdował się w sytuacji, w której:

- 1) wcześniejsza umowa z podmiotem zamawiającym lub wcześniejsza umowa w sprawie koncesji została rozwiązana przed czasem lub w której nałożone zostało odszkodowanie bądź inne porównywalne sankcje w związku z tą wcześniejszą umową;
- 2) jest winny poważnego wprowadzenia w błąd przy dostarczeniu informacji wymaganych do weryfikacji braku podstaw wykluczenia lub do weryfikacji spełniania

kryteriów kwalifikacji, nie zataił tych informacji, jest w stanie niezwłocznie przedstawić dokumenty potwierdzające wymagane przez instytucję zamawiającą lub podmiot zamawiający, nie przedsięwziął kroków, aby w bezprawny sposób wypłynąć na proces podejmowania decyzji przez instytucję zamawiającą lub podmiot zamawiający, pozyskać informacje poufne(...) lub wskutek za dbania przedstawić wprowadzające w błąd informacje, które mogą mieć istotny wpływ na decyzję w sprawie wykluczenia, kwalifikacji lub udzielenia zamówienia.

Ponadto, Odwołujący zwrócił uwagę, że Zamawiający w postępowaniu, w rozdziale VII SWZ na str. 6 podał, że:

3) „Z postępowania o udzielenie zamówienia wyklucza się Wykonawców, w stosunku do których zachodzi którakolwiek z okoliczności wskazanych w:

a) art. 108 ust. 1 ustawy Pzp, z uwzględnieniem art. 393 ust. 4 ustawy Pzp,

b) art. 108 ust. 2 ustawy Pzp,

c) art. 109 ust. 1 pkt 2 lit. a – b, pkt 3, pkt 5, pkt. 7- 8 ustawy Pzp,

d) art. 7 ust. 1 ustawy z dnia 13 kwietnia 2022 r. o szczególnych rozwiązaniach w zakresie przeciwdziałania wspieraniu agresji na Ukrainę oraz służących ochronie bezpieczeństwa narodowego (Dz.U.2022.835),

e) art. 5 k rozporządzenia (UE) 833/2014 dotyczącego środków ograniczających w związku z działaniami Rosji destabilizującymi sytuację na Ukrainie w brzmieniu nadanym rozporządzeniem RADY (UE) 2022/576 z dnia 8 kwietnia 2022 r.”.

W związku z powyższym, mając na uwadze, że oświadczenie złożone przez Wykonawcę SAP-BUD w dniu 14 lutego 2023 r. nie polega na prawdzie, bowiem wykonawca ten, jak wynika z dokumentacji postępowań przetargowych prowadzonych przez Gminę Miejską Nowa Ruda który, z przyczyn leżących po jego stronie, w znacznym stopniu lub zakresie nie wykonał lub nienależycie wykonał albo długotrwale nienależycie wykonywał istotne zobowiązanie wynikające z wcześniejszej umowy w sprawie zamówienia publicznego lub umowy koncesji, co doprowadziło do wypowiedzenia lub odstąpienia od umowy, odszkodowania, wykonania zastępczego lub realizacji uprawnień z tytułu rękojmi za wady; - tj. wypełnił przesłanki z art. 109 ust. 1 pkt 7 ustawy Pzp.

Podniósł, że Wykonawca SAP-BUD nie złożył także samooczyszczenia w ww zakresie.

Zdaniem Odwołującego - przepis art. 109 ust. 1 pkt 7 ustawy Pzp to podstawa wykluczenia Wykonawcy, której zastosowanie wymaga szczególnego zaangażowania się Zamawiającego w ocenę podmiotową. Zamawiający winien wszechstronnie zbadać

przedstawione mu przez Wykonawcę okoliczności, ustalić, że po pierwsze doszło do rozwiązania umowy. Następnie konieczne jest wykazanie, że powody rozwiązania umowy miały miejsce z przyczyn leżących po stronie Wykonawcy, czyli jego działań lub zaniechań w ramach ocenianego zobowiązania umownego. Działania lub zaniechania Wykonawcy doprowadziły do niewykonania lub nienależytego wykonania w znacznym stopniu zobowiązania albo jego długotrwałego nienależytego wykonania, a elementy te były dla zobowiązania wynikającego z umowy istotne.

Zdaniem Odwołującego - wszystkie zatem przesłanki do uznania że wykonawca SAP-BUD podlega wykluczeniu na podstawie art. 109 ust. 1 pkt 7 ustawy Pzp zaistniały, a konsekwencją naruszenia tego przepisu jest naruszenie art. 239 ustawy Pzp w zw. z art. 16 ustawy Pzp, ponieważ dokonanie wyboru oferty najkorzystniejszej w postępowaniu, co do której zachodzą przesłanki do wykluczenia z udziału w postępowaniu wykonawcy, który ją złożył, nie realizuje obowiązku wyboru oferty spośród tych, które nie podlegają odrzuceniu.

W części dotyczącej zarzutu nr 4 Odwołujący zwrócił uwagę, że Wykonawca SAP-BUD w złożonej ofercie oświadczył, że spełnienia warunki udziału w postępowaniu określone w SWZ rozdziale VI pkt 2 ppkt 4, tj. 4) zdolności technicznej lub zawodowej:

a) Zamawiający uzna warunek za spełniony, jeżeli Wykonawca wykaże, że w okresie ostatnich pięciu lat przed upływem terminu składania ofert, a jeżeli okres prowadzenia działalności jest krótszy - w tym okresie, wykonał należycie, a w przypadku świadczeń powtarzających się lub ciągłych również wykonuje należycie co najmniej (zakres zrealizowany):

- jedną usługę polegającą na odbieraniu odpadów komunalnych zmieszanych i segregowanych od właścicieli nieruchomości, realizowaną przez okres ciągle min. 12 miesięcy o wartości min. 1 000 000,00 zł brutto.

Odwołujący wskazał, że na potwierdzenie spełnienia warunku udziału w zakresie doświadczenia, w odpowiedzi na wezwanie od Zamawiającego wykonawca SAB-BUD przedstawił wykaz usług zgodnie z formularzem stanowiącym załącznik nr 4 do SWZ, gdzie podał w nim, że nabył doświadczenie realizując usługę na „Odbiór i zagospodarowanie odpadów komunalnych z nieruchomości zlokalizowanych na terenie Gminy Miejskiej Kłodzko tj: usługę polegającą na odbieraniu odpadów komunalnych zmieszanych i segregowanych od właścicieli nieruchomości w okresie od 1 stycznia 2022 r. do 31 grudnia 2022 r. o wartości 1.122.003,54 zł brutto, gdzie Inwestorem była: Gmina Miejska Kłodzko, a Generalnym Wykonawcą Eneris Surowce S.A. z siedzibą we Wrocławiu.

Zwrócił uwagę, że na potwierdzenie powyżej wskazanego doświadczenia wykonawca na wezwanie Zamawiającego przedstawił:

- a) „Protokoły odbioru robót”
- b) Faktury Vat wystawione za wykonanie „usługi transportowej – odpady mieszane”.

W związku z tym Odwołujący zarzucił, że z przedstawionych protokołów nie wynika jaki zakres prac realizował wykonawca SAP-BUD w ramach usługi na „Odbiór i zagospodarowanie odpadów komunalnych z nieruchomości zlokalizowanych na terenie Gminy Miejskiej Kłodzko - usługa polegająca na odbieraniu odpadów komunalnych zmieszanych i segregowanych od właścicieli nieruchomości”.

Zdaniem Odwołującego - wynika z nich, że Zamawiający stwierdzał prawidłowe wykonanie usługi przez wykonawcę jakim jest ENERIS w zakresie odbioru odpadów, a nie SAB-BUD, a z faktur przedstawionych przez Wykonawcę SAP-BUD nie wynika nic ponad to, że wystawił on fakturę na firmę ENERIS za świadczenie „usługi transportowej – odpadów mieszanych”, nie wynika zaś z tego dokumentu jakiej umowy ta faktura dotyczy, oraz czy została zapłacona, a już na pewno nie wynika, że wykonawca SAB-BUD w okresie ostatnich pięciu lat przed upływem terminu składania ofert, a jeżeli okres prowadzenia działalności jest krótszy - w tym okresie, wykonał należycie, a w przypadku świadczeń powtarzających się lub ciągłych również wykonuje należycie co najmniej (zakres zrealizowany) jedną usługę polegającą na odbieraniu odpadów komunalnych zmieszanych i segregowanych od właścicieli nieruchomości, realizowaną przez okres ciągły min. 12 miesięcy o wartości min. 1 000 000,00 zł brutto.

W przekonaniu Odwołującego - Zamawiający w żaden sposób na podstawie – nawet zestawienia ze sobą łącznie przedłożonych faktur i protokołów - nie mógł stwierdzić spełnienia warunku określonego w rozdziale VI pkt 2 ppkt 4 SWZ .

Z tych powodów Odwołujący stanął na stanowisku, że wykonawca SAP-BUD nie spełnia warunków udziału w postępowaniu, a zatem jego oferta podlega odrzuceniu na podstawie art. 226 ust. 2 lit b ustawy Pzp.

Odwołujący uczynił przy tym zarzucie zastrzeżenie, że gdyby jednak Izba uznała, że zasadnym jest wezwanie wykonawcy do wyjaśnień w trybie art. 128 ust. 1 ustawy Pzp, to Odwołujący podnosi ten zarzut z daleko posuniętej ostrożności procesowej.

W opinii Odwołującego - brak spełnienia warunków udziału w postępowaniu przez wykonawcę SAPBUD jest ewidentny i nieusuwalny.

Odwołujący tylko na marginesie zaznaczył, że przepis art. 128 ust. 1 ustawy Pzp nie dotyczy uzupełniania czy poprawiania treści oferty złożonej przez wykonawcę w zakresie jej przedmiotu, stanowiącego element przedmiotowo istotny oferty.

Odwołujący podniósł, że jeżeli wykonawca nie złożył oświadczenia, o którym mowa w art. 125 ust. 1, 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: 1) wniosek o dopuszczenie do udziału w postępowaniu albo oferta wykonawcy podlegają odrzuceniu bez względu na ich złożenie, uzupełnienie lub poprawienie.

W związku z tym stwierdził, że ponieważ z przedstawionej dokumentacji przez wykonawcę SAP-BUD nie wynika spełnienie warunku udziału w postępowaniu, możliwe, że zasadnie Izba uzna wezwanie do złożenia wyjaśnień w tym zakresie.

W związku z powyższym Odwołujący uznał, że Zamawiający powinien powziąć co najmniej wątpliwości co do spełnienia warunków udziału przez SAP-BUD. Dowody przedstawione przez wykonawcę nie mogą świadczyć w najmniejszym stopniu o zakresie realnego wykonania części/całości usługi transportu, który wykonał jako podwykonawca.

Uwypuklił, że faktury przedstawione przez SAB-BUD dotyczą jedynie usługi transportu odpadów „mieszanych”, przy czym przedmiotem umowy była usługa polegająca na odbieraniu odpadów komunalnych zmieszanych i segregowanych od właścicieli nieruchomości, a zatem faktura nie potwierdza nabycia wymaganego w SWZ doświadczenia.

Dokonanie wyboru oferty najkorzystniejszej pomimo ww stanu faktycznego i prawnego stanowi – w ocenie Odwołującego - naruszenie art. 239 ustawy Pzp w zw. z art. 16 ustawy Pzp, bowiem pozostali wykonawcy, którzy złożyli oferty spełniające warunku udziału w Postępowaniu zostali bezprawnie pozbawieni możliwości uzyskania zamówienia.

Odnośnie zarzutu nr 4 Odwołujący wskazał, że Zamawiający wprowadził kryterium oceny ofert o nazwie „Norma emisji spalin pojazdów”, której celem jest ograniczenie negatywnego wpływu transportu odpadów na środowisko naturalne. Ograniczenie to

obejmuje emisję szkodliwych substancji takich jak tlenek węgla, tlenki azotu, węglowodory oraz cząstki stałe, a także ograniczenie hałasu.

Zwrócił uwagę, że Wykonawcy, którzy wykażą, iż pojazdy, którymi dysponuje lub będzie dysponować na potrzeby realizacji zamówienia oraz na potrzeby spełnienia określonego w Rozdz. VI pkt 4 ppkt c SWZ warunku udziału w postępowaniu spełniają wymagania normy EURO 6 otrzymają 10,00 pkt za każdy pojazd spełniający ww. normę (lecz nie więcej niż łącznie 40,00 pkt za wszystkie pojazdy). Liczbę pojazdów spełniających normę EURO 6 Wykonawca wskazuje w interaktywnym formularzu ofertowym. Brak wskazania oznacza, że Wykonawca otrzyma 0 pkt w tym kryterium.

W zakresie kryterium normy emisji spalin Odwołujący zauważył, że wykonawca SAP-BUD PPHU S. K., składając ofertę w kryterium środowiskowym wykazał 4 pojazdy spełniające owe kryterium. Dowodem tego jest informacja z otwarcia ofert zamieszczona przez Zamawiającego z dnia 14.02.2023 r. znak sprawy: KZ.271.1.1.2023 oraz złożona przez ww. Wykonawcę oferta.

Natomiast z informacji Zamawiającego o wyniku postępowania z dnia 23 lutego 2023 r. wynika, że Zamawiający uznał 3 pojazdy, zamiast 4 jak w ofercie.

W związku z powyższym, Odwołujący zarzucił, że doszło do niezrozumiałej ingerencji Zamawiającego w ofertę złożoną przez Wykonawcę czym Zamawiający drastycznie naruszył przepisy Pzp.

Uwzględniając powyższą treść postanowień SWZ Odwołujący stwierdził, iż skoro z treści specyfikacji wynikało, iż punktacja w kryterium poza cenowym dotyczącym aspektów środowiskowych – normy emisji spalin, będzie przyznawana na podstawie oświadczenia wykonawcy wyrażonego w formularzu ofertowym w zakresie liczby pojazdów, uszczegółowionego o dane wymagane przez Zamawiającego w treści załącznika do formularza ofertowego, to a contrario należało wywieść, iż wykazanie, że treść tego oświadczenia jest niezgodna z prawdą winno skutkować nieprzyznaniem punktów ofercie wykonawcy w omawianym kryterium oceny oferty.

Zwrócił uwagę, że Wykonawca SAP-BUD w formularzu oferty jaki złożył Zamawiającemu podał ilość 4 pojazdów spełniających normę emisji spalin EURO 6. Tymczasem Zamawiający zmienił tę wartość na 3 – co jest niedopuszczalne w zakresie dotyczącym kryterium oceny ofert, i uznał (na podstawie dokumentów składanych w późniejszym terminie), że Wykonawca ten otrzymał 30 pkt.

Zdaniem Odwołującego - korekta oświadczenia wykonawcy dotyczącego kryteriów oceny ofert jest niedopuszczalna, tym bardziej jeżeli dokonał jej Zamawiający.

Nie ulega wątpliwości dla Odwołującego, iż informacje zawarte w ofertach i oceniane w ramach kryteriów oceny ofert nie podlegają uzupełnieniom, czy modyfikacjom po upływie terminu składania ofert.

Zauważył przy tym, iż oświadczenie wykonawcy w zakresie elementów oferty ocenianych w ramach kryteriów oceny ofert ma szczególne znaczenie, gdyż wpływa bezpośrednio na wybór oferty najkorzystniejszej w postępowaniu.

Według Odwołującego - informacje zawarte w treści załącznika do formularza ofertowego dotyczące ilości samochodów spełniających normę emisji spalin EURO VI – w myśl postanowień SIWZ – stanowią treść oferty. Dlatego zmiana ilości pojazdów dokonana samodzielnie przez Zamawiającego stanowi zmianę treści oferty, a co najistotniejsze – zmianę informacji ocenianych w ramach poza cenowych kryteriów oceny ofert. Dlatego taka sytuacja nie może zostać zakwalifikowana jako omyłka, ponieważ Zamawiający nie mógłby dokonać jej samodzielnego, bez udziału wykonawcy. Reasumując – Wykonawca SAP-BUD powinien otrzymać 0 pkt w ramach poza cenowego kryterium oceny ofert.

Podniósł, że zgodnie z art. 240 ust. 2 ustawy Pzp Kryteria oceny ofert i ich opis nie mogą pozostawiać zamawiającemu nieograniczonej swobody wyboru najkorzystniejszej oferty oraz kryteria te umożliwiają weryfikację i porównanie poziomu oferowanego wykonania przedmiotu zamówienia na podstawie informacji przedstawianych w ofertach.

W przekonaniu Odwołującego - dokonanie przez Zamawiającego zmiany ilości pojazdów stanowi o naruszeniu tego przepisu w zw. z art. 239 w zw. z art. 16, ponieważ przypisanie wykonawcy SAP-BUD 30 pkt zostało dokonane na szkodę Odwołującego.

Przyjęcie możliwości zmiany oferty w zakresie kryteriów oceny oferty mogłoby – w opinii Odwołującego - doprowadzić do patologii polegającej na manipulacji dokumentacją przetargową po złożeniu ofert w zależności od pozycji oferty wykonawcy (wykonawca w przypadku braku konkurencji mógłby zmienić ofertę i zrezygnować całkowicie z udziału droższych pojazdów w zamówieniu).

W dniu 7 marca 2023 r. zgłosił swoje przystąpienie do postępowania odwoławczego po stronie Zamawiającego wykonawca SAP-BUD PPHU S. K., ul. Wileńska 4, 57-230 Kamieniec Ząbkowicki, zwany dalej Przystępującym.

W dniu 13 marca 2023 r. Zamawiający udzielił odpowiedzi na powyższe odwołanie wnosząc o jego oddalenie w całości.

Krajowa Izba Odwoławcza ustaliła i zważyła, co następuje.

Na podstawie zebranego w sprawie materiału dowodowego, a w szczególności w oparciu o treść akt sprawy odwoławczej, w tym Specyfikacji Warunków Zamówienia, zwanej dalej SWZ, wniesionego odwołania, oferty Przystępującego i złożonych przez niego na żądanie Zamawiającego dokumentów podmiotowych, wezwania Przystępującego do wyjaśnienia rażąco niskiej ceny z dnia 15 lutego 2023 r., wyjaśnień Przystępującego dotyczących rażąco niskiej ceny z dnia 17 lutego 2023 r. wraz z dowodami, informacji o wyborze z dnia 23 lutego 2023 r., pisma procesowego Przystępującego z dnia 13 marca 2023 r., odpowiedzi Zamawiającego na powyższe odwołanie z dnia 13 marca 2023 r., jak również na podstawie złożonych na posiedzeniu/rozprawie wyjaśnień i dowodów Izba postanowiła odwołanie uwzględnić w części, uznając za uzasadniony:

zarzut nr 1) - naruszenia przez Zamawiającego przepisu art. 239 ustawy z dnia 11 września 2019 r. - Prawo zamówień publicznych ustawy z dnia 11 września 2019 r. - Prawo zamówień publicznych (t.j. Dz. U. z 2022 r., poz. 1710 wraz ze zm.), zwanej dalej ustawą Pzp w związku z art. 224 ust. 5 i ust. 6 ustawy Pzp w związku z art. 226 ust. 1 pkt 8 ustawy Pzp w związku z art. 16 pkt 1 ustawy Pzp,

zarzut nr 3) ewentualny - naruszenia przez Zamawiającego przepisu art. 128 ust. 1 ustawy Pzp w związku z art. 239 ustawy Pzp w związku z art. 16 ustawy Pzp,

zarzut nr 4) - naruszenia przez Zamawiającego przepisu art. 239 ustawy Pzp w związku z art. 240 ust. 2 ustawy Pzp w związku z art. 223 ustawy Pzp,

oraz

uznając za nieuzasadniony:

zarzut nr 2) - naruszenia przez Zamawiającego przepisu art. 239 ustawy Pzp w związku z art. 109 ust. 1 pkt 7 ustawy Pzp w związku z art. 226 ust. 1 pkt 2 lit a ustawy Pzp,

zarzut nr 3) - naruszenia przez Zamawiającego przepisu art. 239 ustawy Pzp w związku z 226 ust. 1 pkt 2 lit b ustawy Pzp w związku z art. 16 ustawy Pzp.

Odwołanie nie zawierało braków formalnych, wpis został przez Odwołującego uiszczony, zatem odwołanie podlegało rozpoznaniu. Izba nie stwierdziła przesłanek do jego odrzucenia.

Podstawowymi, istotnymi zagadnieniami wymagającymi rozstrzygnięcia w przedmiotowej sprawie były kwestie oceny czy Zamawiający miał dostateczne podstawy prawne do odrzucenia oferty Przystępującego z powodu rażąco niskiej ceny, a także czy Zamawiający zaniechał odrzucenia oferty Przystępującego z powodu nie spełniania przez tego wykonawcę warunku udziału w postępowaniu w zakresie posiadanej zdolności zawodowej w okolicznościach złożenia oświadczenia przez niego sprzecznego z treścią art.109 ust.1 pkt 7 ustawy Pzp.

Do rozważenia przez Izbę pozostawał również problem ewentualnej zmiany przez Zamawiającego treści oferty i prowadzenia przez niego negocjacji z Przystępującym w zakresie ilości zadeklarowanych pojazdów do realizacji zadania spełniających normę emisji spalin EURO 6.

Przechodząc, do omówienia zarzutu związanego z rażąco niską ceną, Izba w zakresie niezbędnym do wydania wyroku ustaliła na podstawie protokołu z przedmiotowego przetargu, że kwota, jaką Zamawiający zamierzał przeznaczyć na sfinansowanie zamówienia została określona na kwotę 1 116 000,09 zł brutto, przy czym wartość zamówienia ustalił na kwotę 1 423 018, 52 zł.

Następnie, Izba stwierdziła, że w przedmiotowym przetargu sytuacja cenowa przedstawiała się następująco:

- 1) Odwołujący złożył ofertę z zaoferowaną ceną 2.060.025,72 zł brutto,
- 2) Przystępujący złożył ofertę z zaoferowaną ceną 1.223.158,32 zł brutto,
- 3) Wykonawca MZUK Sp. z o.o. z siedzibą w Wałbrzychu złożył ofertę z zaoferowaną ceną 2.040.734,52 zł brutto.

Biorąc pod uwagę powyższe okoliczności związane z ceną złożonej przez Przystępującego oferty Zamawiający pismem z dnia 15 lutego 2023 r., działając na podstawie art. 224 ust. 2 pkt 1 ustawy Pzp zwrócił się o udzielenie wyjaśnień wyliczenia ceny oferty.

Izba ustaliła, że treść przedmiotowego wezwania była następująca: „(...)Zgodnie z art. 224 ust. 2 pkt 1 ustawy z dnia 11 września 2019 r. – Prawo zamówień publicznych (Dz.U. z 2022 r., poz. 1710 ze zm.), w przypadku, gdy cena całkowita oferty złożonej w

terminie jest niższa o co najmniej 30% od wartości zamówienia powiększonej o należyty 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.

W niniejszym postępowaniu średnia arytmetyczna cen wszystkich złożonych ofert niepodlegających odrzuceniu na podstawie art. 226 ust. 1 pkt 1 i 10, wynosi 1.774.639,52 zł. W ofercie Wykonawca podał cenę za wykonanie przedmiotu zamówienia: 1.223.158,32 zł brutto, tj. o 31,08% niższą od wartości średniej arytmetycznej cen wszystkich złożonych ofert.

Zamawiający w celu ustalenia, czy złożona przez Wykonawcę oferta zawiera rażąco niską cenę w stosunku do przedmiotu zamówienia, zwraca się o udzielenie wyjaśnień, w tym złożenie dowodów dotyczących wyliczenia ceny, w zakresie:

1) zgodności z przepisami dotyczącymi kosztów pracy, których wartość przyjęta do ustalenia ceny nie może być niższa od minimalnego wynagrodzenia za pracę albo minimalnej stawki godzinowej, ustalonych na podstawie przepisów ustawy z dnia 10 października 2002 r. o minimalnym wynagrodzeniu za pracę (Dz.U. z 2020 r. poz. 2207) lub przepisów odrębnych właściwych dla spraw, z którymi związane jest realizowane zamówienie;

2) zgodności z przepisami z zakresu prawa pracy i zabezpieczenia społecznego, obowiązującymi w miejscu, w którym realizowane jest zamówienie.

Ewentualnie proszę uwzględnić i przedstawić dane wynikające z przepisów o postępowaniu w sprawach dotyczących pomocy publicznej, z przepisów z zakresu prawa pracy i zabezpieczenia społecznego, obowiązujących w miejscu, w którym realizowane jest zamówienie; z przepisów prawa ochrony środowiska; oraz z powierzenia wykonania części zamówienia podwykonawcy.

Zgodnie z art. 224 ust. 5 ustawy – Prawo zamówień publicznych obowiązek wykazania, że oferta nie zawiera rażąco niskiej ceny spoczywa na Wykonawcy.

Zamawiający odrzuca ofertę Wykonawcy, który nie udzielił wyjaśnień w wyznaczonym terminie lub jeżeli złożone wyjaśnienia wraz z dowodami nie uzasadniają podanej w ofercie ceny (art. 224 ust. 6 ustawy – Prawo zamówień publicznych)...”.

W następstwie powyższego wezwania Odwołujący w piśmie z dnia 17 lutego 2023 r. udzielił wyjaśnień dotyczących zarzutu rażąco niskiej ceny oraz załączył stosowne dowody.

Jednocześnie, z racji treści powyższego wezwania Zamawiającego dotyczącego wyliczenia kosztów pracy i braku zaskarżenia przez Odwołującego treści samego wezwania,

należało uznać zakres żądania Zamawiającego opisany w powyższym wezwaniu za wiążący i w związku z tym nie można było rozszerzyć podstawy faktycznej rozpoznawanego zarzutu.

Stosownie do treści art.555 ustawy Pzp Izba nie może orzekać co do zarzutów, które nie były zawarte w odwołaniu.

W związku z powyższym ocenie Izby podlegały tylko wyjaśnienia Przystępującego odnoszące się wyliczenia kosztów pracy i zabezpieczenia społecznego (pkt 3.1. wraz z załączonymi dowodami).

Przechodząc do oceny powyższego materiału dokumentacyjnego należy wskazać, że 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.

Jednocześnie w myśl ust.2 cyt. wyżej przepisu 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.

Z powołanych na wstępie przepisów prawa wynika zasada nakładająca na Zamawiającego obowiązek prowadzenia postępowania wyjaśniającego rażąco niską ceną w okolicznościach objętych powyższym przepisem.

Rozpoznając sprawę co do meritum, wymaga wskazania, że stosownie do art. 224 ust.5 ustawy Pzp obowiązek wykazania, że oferta nie zawiera rażąco niskiej ceny lub kosztu spoczywa na wykonawcy.

Powyższy obowiązek nie ma jednak charakteru absolutnego, bowiem Zamawiający był związany dyspozycją przepisu art.224 ust.6 ustawy Pzp, zgodnie z którym 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.

Z powyższych ustaleń Izby wynika, że sytuacja braku udzielenia wyjaśnień przez Odwołującego nie zaistniała.

Natomiast, w przekonaniu Izby – przeprowadzona przez Zamawiającego ocena wyjaśnień wraz ze złożonymi dowodami została dokonana w sposób nienależyty.

W istocie Zamawiający w ogóle nie odniósł się merytorycznie do powołanej wyżej przez Przystępującego kalkulacji kosztów pracy i zabezpieczenia przedstawionej przez Przystępującego, co wskazuje, że nie dociekał on czy realne są ceny i koszty jednostkowe zadeklarowane w tym zakresie.

Izba podzieliła w całej rozciągłości argumenty Odwołującego dociekającego niewykazanych kosztów pracy i zabezpieczenia, które powinny dodatkowo podlegać wyjaśnieniu w zakresie opisanym w treści odwołania (dotyczące pkt 3.1. kalkulacji wraz z załączonymi dowodami), w pozostałym zakresie z powodu niezaskarżenia treści wezwania Zamawiającego przez Odwołującego inne koszty mogłyby ewentualnie podlegać wyjaśnieniu.

W związku z tym Zamawiający będzie zobowiązany do przeprowadzenia uzupełniającego postępowania wyjaśniającego rażąco niską cenę w zakresie dowodów Odwołującego nr 2, 3, 6, 7, 8 do zarzutu nr 1, to jest odnoszących się do szczegółowych kosztów pracy i zabezpieczenia, kosztów odzieży roboczej i jej prania, kosztów szkoleń bhp, badań lekarskich medycyny pracy.

W przekonaniu Izby - właśnie te elementy cenotwórcze odnoszące się kalkulacji kosztów pracy i zabezpieczenia nie zostały przez Przystępującego dostatecznie wyjaśnione.

W pozostałym zakresie Izba uznała, że Zamawiający może dodatkowo wyjaśnić okoliczności wynikające z treści dowodów nr 1, 4, 5 do zarzutu nr 1, wymaganie to jednak nie jest obowiązkowe, bowiem Odwołujący nie podważał w odwołaniu samego wezwania, które dotyczyło jedynie kosztów pracy, a także zabezpieczenia i co do zasady to one

wydawały się Zamawiającemu rażąco niskie w stosunku do przedmiotu zamówienia i wzbudziły jego wątpliwości co do możliwości wykonania przedmiotu zamówienia.

Wobec tego, w okolicznościach zaistnienia dalszych wątpliwości w spornym zakresie – w ocenie Izby - sytuacja ta powinna stanowić dla Zamawiającego asumpt do zbadania wszelkich wątków cenowych poprzez skierowanie nowego wezwania precyzującego oczekiwania Zamawiającego, co do wyliczenia ich składników poprzez żądanie wskazania szczegółowych elementów kosztowych i ich wartości składających się na cenę.

Zdaniem Izby – rażąco niska cena przedstawia wartość nierzeczywistą, oderwaną od cen rynkowych, poniżej kosztów wykonania przedmiotu zamówienia, zaś powyższe wyjaśnienia Odwołującego mogły doprowadzić Zamawiającego do uznania jej za cenę rynkową.

Z powyższych przyczyn – Izba reprezentuje pogląd, że Zamawiający nie zbadał prawidłowo przesłanki z przepisu art. 226 ust. 1 pkt 8) ustawy Pzp, w myśl którego zamawiający odrzuca ofertę, jeżeli zawiera rażąco niską cenę lub koszt w stosunku do przedmiotu zamówienia.

Zaniechanie Zamawiającego w tym zakresie, wynikające z niekompletnie przeprowadzonego postępowania wyjaśniającego rażąco niską cenę doprowadziło do naruszenia powyższego przepisu prawa.

Wydaje się, że brak rzetelnej oceny przez Zamawiającego wyjaśnień wykonawcy wraz ze złożonymi dowodami uniemożliwia mu prawidłową klasyfikację przesłanki z powołanego wyżej przepisu prawa na tym etapie przetargu, podczas gdy Zamawiający jest zobowiązany do badania rażąco niskiej ceny w okolicznościach określonych w ustawie i dopiero właściwa ocena tych wyjaśnień umożliwia Zamawiającemu skorzystanie z przepisu art. 226 ust. 1 pkt 8) ustawy Pzp lub uznanie, że przepis ten nie ma zastosowania w razie przyjęcia, że cena ta nie jest rażąco niska.

W ocenie Izby - Przystępujący przedstawił pewne elementy kalkulacyjne kosztów pracy, jednak zawierające pewne nieścisłości i braki, które powinny zostać wyjaśnione, również w powiązaniu ze złożonymi dowodami (między innymi koszty pracy samego właściciela, brak aneksów do umów o pracę zmieniających wysokości stawek pracowniczych, wykazanie kosztów niektórych elementów wyposażenia BHP).

W tym względzie Izba podzieliła stanowisko Krajowej Izby Odwoławczej zaprezentowane w sprawie o sygn. akt KIO 1036/19, gdzie w wyroku z dnia 25 czerwca 2019 r. wyrażono pogląd, że skierowanie powtórnego wezwania do złożenia wyjaśnień możliwe jest tylko w szczególnie uzasadnionych przypadkach i może dotyczyć wykonawcy, który rzetelnie złożył pierwsze wyjaśnienia, np. gdy w świetle złożonych wcześniej wyjaśnień pojawiły się u zamawiającego nowe wątpliwości (podobnie wyrok z dnia 27 września 2018 r., sygn. akt: KIO 1835/18, wyrok z dnia 14 maja 2019 r., sygn. akt: KIO 776/19, wyrok z dnia 21 sierpnia 2020 r., sygn. akt: KIO 1317/20, wyrok z dnia 10 sierpnia 2020 r., sygn. akt: KIO 1566/20, KIO 1633/20, wyrok z dnia 23 lutego 2021 r., sygn. akt: KIO 291/21, wyrok z dnia 28 kwietnia 2021 r., sygn. akt KIO 806/21, wyrok z dnia 20 maja 2021 r., sygn. akt KIO 888/21, wyrok z dnia 24 czerwca 2021 r. sygn. akt: KIO 1404/21, wyrok z dnia 25 listopada 2021 r. sygn. akt KIO 3231/21, wyrok z 8 lutego 2022 r., sygn. akt 117/22).

W odniesieniu do zarzutu nr 2 opartego o twierdzenie Odwołującego, że Zamawiający zaniechał odrzucenia oferty Przystępującego w warunkach zaistnienia przesłanki do jego wykluczenia na zasadzie art.109 ust.1 pkt 7 ustawy Pzp, który stanowi, że z postępowania o udzielenie zamówienia zamawiający może wykluczyć wykonawcę który, z przyczyn leżących po jego stronie, w znacznym stopniu lub zakresie nie wykonał lub nienależycie wykonał albo długotrwale nienależycie wykonywał istotne zobowiązanie wynikające z wcześniejszej umowy w sprawie zamówienia publicznego lub umowy koncesji, co doprowadziło do wypowiedzenia lub odstąpienia od umowy, odszkodowania, wykonania zastępczego lub realizacji uprawnień z tytułu rękojmi za wady, Izba uznała go za chybiony.

W powyższym zakresie Izba stwierdziła, że Przystępujący nie złożył nieprawdziwego oświadczenia w JEDZ i oparła się w tym względzie na oświadczeniu Burmistrza w Nowej Rudzie (Gmina Miejska), który stwierdził, że odstąpienie od umowy nastąpiło na podstawie § 11 ust. 1 pkt 3 umowy. Przyczyny wypowiedzenia umowy podyktowane były kwestiami formalnymi i nie wynikały z nienależycie wykonywanej usługi.

Według zapatrywania Izby – Odwołujący nie wykazał, że Przystępujący był objęty hipotecznością i dyspozycją powołanego wyżej przepisu prawa.

W szczególności Izba stanęła na stanowisku, że niedołożenie staranności przez Zamawiającego – Gminę Miejską Nową Rudę przy sformułowaniu SWZ przejawiające się w braku żądania od wykonawców aktualnego wpisu do rejestru działalności regulowanej, zwanego dalej RDR w tejże Gminie dokonywanego na podstawie art.9c ust.1 ustawy o utrzymaniu czystości i porządku w gminach i niesprawdzeniu przez strony umowy istnienia

takiego wpisu w chwili zawierania umowy stanowi okoliczność leżącą również po stronie Zamawiającego - Gminy Miejskiej w Nowej Rudzie.

W ocenie Izby – brak wpisu do RDR nie stanowi przesłanki z art.109 ust.1 pkt 7 ustawy Pzp wymagającej, aby wykonawca w znacznym stopniu lub zakresie nie wykonał lub nienależycie wykonał albo długotrwale nienależycie wykonywał istotne zobowiązanie.

Z tych powodów Izba uznała informację Naczelnika Wydziału Ochrony Środowiska Gminy Miejskiej Nowa Ruda wyrażoną w korespondencji mailowej z dnia 15 marca 2023 r.(dowód nr 2 do zarzutu nr 2) jedynie za opinię urzędnika pozostającą w kolizji z oświadczeniem Burmistrza.

Zdaniem Izby – podstawa umowna do natychmiastowego odstąpienia od umowy nr OŚ.215.15.2022 z dnia 28 grudnia 2022 r. opisana w § 11 ust.1 pkt umowy (vide: dowody nr 1 – odstąpienie z dnia 1 lutego 2023 r., nr 3 - wzór umowy w przedmiotowym przetargu do zarzutu nr 2) przewidująca takie prawo w sytuacji utraty uprawnień do wykonywania umowy, wynikających z przepisów prawa, w tym gdy wykonawca zostanie wykreślony z RDR może budzić wątpliwości prawne, bowiem w sprawie tej nie doszło w ogóle do utraty tych uprawnień przez Przystępującego, na podstawie wpisu do RDR, lecz Przystępujący nie posiadał tego wpisu od samego początku i został pomimo tego dopuszczony przez Zamawiającego do wykonywania umowy.

Izba nie podzieliła również – stanowiska Odwołującego o obowiązku zapłaty kary umownej, o której mowa w § 8 ust.1 pkt 1 (vide: nr 3 - wzór umowy do zarzutu nr 2), z powyższych powodów.

W związku z powyższym nie jest pewne, czy odstąpienie od umowy nastąpiło z przyczyn leżących wyłącznie po stronie Przystępującego.

Według Izby – obie strony umowy ponoszą odpowiedzialność za taki stan rzeczy i prawdopodobnie z tego powodu Burmistrz w Nowej Rudzie (Gmina Miejska) oświadczył, że przyczyny wypowiedzenia umowy podyktowane były kwestiami formalnymi i nie wynikały z nienależycie wykonywanej usługi.

Zdaniem Izby – takie oświadczenie zmierzało do uniknięcia przez Gminę Miejską w Nowej Rudzie sporu sądowego, którego wynik nie byłby pewny.

Z powyższych przyczyn Izba uznała, że Zamawiający nie mógł zastosować przepisu art. 226 ust. 1 pkt 2 lit a ustawy Pzp, stosownie do którego Zamawiający odrzuca ofertę, jeżeli została złożona przez wykonawcę podlegającego wykluczeniu z postępowania, w przypadku, o którym mowa w art. 109 ust. 1 pkt 7 ustawy Pzp.

W części dotyczącej zarzutu nr 3 Izba ustaliła, że Zamawiający w rozdziale VI pkt 2 ppkt 4, lit. a) SWZ ustanowił warunek dotyczący zdolności technicznej lub zawodowej w ten sposób, że Zamawiający uzna warunek za spełniony, jeżeli Wykonawca wykaże, że w okresie ostatnich pięciu lat przed upływem terminu składania ofert, a jeżeli okres prowadzenia działalności jest krótszy - w tym okresie, wykonał należycie, a w przypadku świadczeń powtarzających się lub ciągłych również wykonuje należycie co najmniej (zakres zrealizowany):

- jedną usługę polegającą na odbieraniu odpadów komunalnych zmieszanych i segregowanych od właścicieli nieruchomości, realizowaną przez okres ciągły min. 12 miesięcy o wartości min. 1 000 000,00 zł brutto.

W wykonaniu powyższego postanowienia SWZ Przystępujący w wykazie usług (załącznik nr 4 do SWZ) zadeklarował odbiór i zagospodarowanie odpadów komunalnych z nieruchomości zlokalizowanych na terenie Gminy Miejskiej Kłodzko - usługę polegającą na odbieraniu odpadów komunalnych zmieszanych i segregowanych od właścicieli nieruchomości w okresie od 1 stycznia 2022 r. do 31 grudnia 2022 r. o wartości 1.122.003,54 zł brutto, gdzie Inwestorem była: Gmina Miejska Kłodzko, a Generalnym Wykonawcą Eneris Surowce S.A. z siedzibą we Wrocławiu.

Izba stwierdziła, że na potwierdzenie powyższych okoliczności Przystępujący załączył protokoły odbioru usług wraz z fakturami.

Po przeanalizowaniu treści powyższych podmiotowych środków dowodowych Izba uznała, że Zamawiający powinien przeprowadzić dodatkowe postępowanie wyjaśniające, w szczególności dotyczące ustalenia zakresu podwykonawstwa pomiędzy Przystępującym a firmą Eneris Surowce S.A. z siedzibą we Wrocławiu określającego zakres usług wynikających z kontraktu, powinien również ustalić okoliczności relacji odbioru odpadów segregowanych na tle załączonych przez Przystępującego faktur w stosunku do odpadów zmieszanych, bowiem na fakturach są wymienione tylko te drugie odpady, a warunek dotyczył odbierania odpadów komunalnych zmieszanych i segregowanych.

Stosownie do art.128 ust.1 ustawy Pzp jeżeli wykonawca nie złożył oświadczenia, o którym mowa w art. 125 ust. 1, 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:

- 1) wniosek o dopuszczenie do udziału w postępowaniu albo oferta wykonawcy podlegają odrzuceniu bez względu na ich złożenie, uzupełnienie lub poprawienie lub
- 2) zachodzą przesłanki unieważnienia postępowania.

Jednocześnie zgodnie z ust. 4 cyt. wyżej przepisu Zamawiający może żądać od wykonawców wyjaśnień dotyczących treści oświadczenia, o którym mowa w art. 125 ust. 1, lub złożonych podmiotowych środków dowodowych lub innych dokumentów lub oświadczeń składanych w postępowaniu.

Ostatecznie ust. 5 tego przepisu przewiduje, że jeżeli złożone przez wykonawcę oświadczenie, o którym mowa w art. 125 ust. 1, lub podmiotowe środki dowodowe budzą wątpliwości zamawiającego, może on zwrócić się bezpośrednio do podmiotu, który jest w posiadaniu informacji lub dokumentów istotnych w tym zakresie dla oceny spełniania przez wykonawcę warunków udziału w postępowaniu, kryteriów selekcji lub braku podstaw wykluczenia, o przedstawienie takich informacji lub dokumentów.

Odnosnie zarzutu nr 4 Izba doszła do przekonania, że zachowanie Przystępującego mogło wskazywać, że zmierzał on do zmiany treści oferty, a Zamawiający zmienił treść oferty przyjmując, że ten zaoferował 3 pojazdy o normie emisji spalin 6 EURO do realizacji zamówienia (vide: wykaz narzędzi – załącznik nr 6 do SWZ), podczas gdy w istocie Przystępujący oświadczył w formularzu ofertowym, że przeznaczy 4 pojazdy spełniające referencyjną normę.

Izba ustaliła, że Zamawiający ustanowił w SWZ Kryterium oceny ofert: środowiskowe oparte na normie emisji spalin pojazdów (N), za którą można było otrzymać maksymalnie 40 pkt (10 pkt za każdy pojazd spełniający normę).

Dalej, Izba stwierdziła, że Zamawiający w Streszczeniu oceny i porównania złożonych ofert postanowił przyznać Przystępującemu 30 punktów z tytułu powyższego kryterium oceny ofert i w związku z tym w informacji o wyniku postępowania podał ilość zadeklarowanych przez Przystępującego pojazdów spełniających normę na 3.

Jeżeli zatem Przystępujący złożył takie oświadczenie woli w ofercie wskazując na 4 pojazdy spełniające normę Euro 6 , to powinien być nim związany, a nie dokonywać jej

zmian poprzez zmianę oświadczenia w później złożonym wykazie narzędzi – załącznik nr 6 do SWZ, gdzie zadeklarował 3 pojazdy o normie emisji spalin 6 EURO.

Sytuacji tej nie zmienił dowód Przystępującego z dowodu rejestracyjnego pojazdu DW 8GH19 (czwarty pojazd), którego właścicielem jest Ing Lease Polska sp. z o.o. z siedzibą we Wrocławiu, który spełnia referencyjną normę spalin. Dowód ten może jednak budzić wątpliwości, co do możliwości wykorzystania tego pojazdu do wykonania przedmiotu zamówienia z tego powodu, że w wyjaśnieniach rażąco niskiej ceny Przystępujący oświadczył, że ma oszczędności również z tytułu posiadania jedynie pojazdów własnych i nie ma kosztów leasingowania.

W świetle powyższego wymaga podkreślenia, że stosownie do art. 223 ust.1 zd.2 ustawy Pzp 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 Izby - powyższe naruszenie przepisów ustawy mogło mieć istotny wpływ na wynik tego postępowania o udzielenie zamówienia, bowiem gdyby Przystępujący złożył ofertę z ceną odpowiednio wyższą niż konkurenci miałyby możliwość zniwelowania ich przewagi cenowej wynikającej ze złożenia przez nich ofert z niższą ceną, gdyby jednocześnie złożyli oferty z odpowiednio mniejszą ilością referencyjnych pojazdów.

Przystępujący miałby wtedy potencjalną możliwość uzyskania wyższej punktacji zapewniającej mu pierwsze miejsce w rankingu złożonych ofert, zatem takie naruszenie prawa należało sklasyfikować jako mogące mieć istotny wpływ na wynik tego postępowania o udzielenie zamówienia publicznego.

W ocenie Izby - jednak powyższe naruszenie prawa nie może wywierać skutków prawnych w sferze oceny ofert w kryterium, bowiem faktem jest, że Przystępujący zaoferował 4 pojazdy, a ocena w kryteriów powinna być dokonywana na podstawie oferty, a nie załącznika nr 6 – wykazu narzędzi.

Na marginesie wymaga zauważenia, że Odwołujący nie zgłosił zarzutu naruszenia przez Zamawiającego przepisu art.226 ust.1 pkt.3 ustawy Pzp, który stanowi, że Zamawiający odrzuca ofertę, jeżeli jest niezgodna z przepisami ustawy.

Wobec tego należy ponownie nadmienić, że stosownie do art.555 ustawy Pzp Izba nie może orzekać co do zarzutów, które nie były zawarte w odwołaniu.

W tym stanie rzeczy, uznając, iż powyższe naruszenia przepisów ustawy miały i mogły mieć istotny wpływ na wynik postępowania o udzielenie zamówienia, Izba na podstawie art.553 w związku z art. 554 ust. 1 pkt 1 ustawy Pzp, postanowiła odwołanie uwzględnić w części, zaś w pozostałym zakresie zarzuty odwołania uznała za nieuzasadnione.

W odniesieniu do kosztów postępowania odwoławczego należy wskazać, że zgodnie z § 7 ust. 2 pkt 1) cyt. wyżej rozporządzenia w przypadku uwzględnienia odwołania przez Izbę w części, koszty ponoszą: 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.

Jednocześnie w ust. 3 powołanego wyżej przewidziano, że 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.

O kosztach postępowania odwoławczego orzeczono na podstawie art. 574 i art.576 ustawy Prawo zamówień publicznych, stosownie do wyniku postępowania, z uwzględnieniem przepisów 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:.....

