

**Sygn. akt: KIO 1445/20**

**WYROK**  
**z dnia 13 sierpnia 2020 r.**

**Krajowa Izba Odwoławcza** - w składzie:

**Przewodniczący: Małgorzata Matecka**

**Protokolant: Klaudia Ceyrowska**

po rozpoznaniu na rozprawie w dniu 13 sierpnia 2020 r. w Warszawie odwołania wniesionego do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej w dniu 29 czerwca 2020 r. przez wykonawcę Przedsiębiorstwo Usług Komunalnych „Fart-Bis” Spółka z ograniczoną odpowiedzialnością z siedzibą w Kielcach w postępowaniu prowadzonym przez zamawiającego: Miasto i Gmina Morawica

przy udziale wykonawcy ENERIS Surowce Spółka Akcyjna z siedzibą w Kielcach zgłaszającego przystąpienie do postępowania odwoławczego po stronie zamawiającego

**orzeka:**

1. Uwzględnić odwołanie w zakresie zarzutu naruszenia art. 7 ust. 1 oraz art. 90 ust. 1 oraz 1a ustawy Prawo zamówień publicznych i nakazuje zamawiającemu unieważnienie czynności wyboru oferty najkorzystniejszej oraz powtórzenie czynności badania i oceny ofert, w tym wezwanie wykonawcy ENERIS Surowce Spółka Akcyjna z siedzibą w Kielcach na podstawie art. 90 ust. 1 oraz ust. 1a ustawy Prawo zamówień publicznych do udzielenia wyjaśnień, w tym złożenia dowodów, dotyczących wyliczenia ceny oferty.
2. Umarza postępowanie odwoławcze w zakresie zarzutu naruszenia art. 7 ust. 1 oraz art. 89 ust. 1 pkt 3 ustawy Prawo zamówień publicznych.
3. Kosztami postępowania obciąża zamawiającego, i:
  - 3.1. zalicza w poczet kosztów postępowania odwoławczego kwotę 7 500 zł 00 gr (słownie: siedem tysięcy pięćset złotych zero groszy) uiszczoną przez odwołującego tytułem wpisu od odwołania;

3.2. zasądza od zamawiającego na rzecz odwołującego kwotę 7 500 zł 00 gr (słownie: siedem tysięcy pięćset złotych zero groszy) stanowiącą koszty postępowania odwoławczego poniesione z tytułu wpisu od odwołania.

Stosownie do art. 198a i 198b ustawy z dnia 29 stycznia 2004 r. - Prawo zamówień publicznych (Dz. U. z 2019 r. poz. 1843, ze zm.) na niniejszy wyrok - w terminie 7 dni od dnia jego doręczenia - przysługuje skarga za pośrednictwem Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej do Sądu Okręgowego w Kielcach.

**Przewodniczący:** .....

## **Uzasadnienie**

Zamawiający Miasto i Gmina Morawica - prowadzi w trybie przetargu nieograniczonego postępowanie o udzielenie zamówienia publicznego pn. „Odbiór odpadów komunalnych z nieruchomości zamieszkałych na terenie Miasta i Gminy Morawica oraz odbiór i zagospodarowanie odpadów komunalnych z Punktu Selektywnej Zbiórki Odpadów Komunalnych w Brzezinach w okresie od 1 lipca 2020 r. do 30 czerwca 2021 r. (12 m-cy)”. Wartość ww. zamówienia nie przekracza kwoty, od której uzależniony jest obowiązek przekazywania ogłoszeń Urzędowi Publikacji Unii Europejskiej zgodnie z przepisami wydanymi na podstawie art. 11 ust. 8 ustawy z dnia 29 stycznia 2004 r. – Prawo zamówień publicznych (Dz. U. z 2019 r. poz. 1843, ze zm.), dalej jako „ustawa Pzp”. Ogłoszenie o zamówieniu zostało opublikowane w dniu 4 czerwca 2020 r. w Biuletynie Zamówień Publicznych pod nr 547359-N.

W dniu 29 czerwca 2020 r. wykonawca Przedsiębiorstwo Usług Komunalnych „Fart-Bis” Spółka z ograniczoną odpowiedzialnością z siedzibą w Kielcach wniósł do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej odwołanie na czynności badania i oceny ofert oraz wyboru oferty najkorzystniejszej.

Odwołujący zarzucił zamawiającemu naruszenie następujących przepisów:

- 1) art. 7 ust. 1 oraz art. 90 ust. 1 oraz ust. 1a ustawy Pzp poprzez zaniechanie wezwania wykonawcy ENERIS Surowce S.A. z siedzibą w Kielcach (dalej jako: „wykonawca ENERIS”) do udzielenia wyjaśnień dotyczących wyliczenia ceny oferty;
- 2) art. 7 ust. 1 oraz art. 89 ust. 1 pkt 3 ustawy Pzp poprzez zaniechanie odrzucenia oferty wykonawcy ENERIS, pomimo że jej złożenie stanowi czyn nieuczciwej konkurencji w rozumieniu przepisów o zwalczaniu nieuczciwej konkurencji.

W związku z podniesionymi zarzutami odwołujący wniósł o uwzględnienie odwołania i nakazanie zamawiającemu:

- 1) powtórzenia czynności badania i oceny ofert;
- 2) odrzucenia oferty wykonawcy ENERIS;
- 3) w razie oddalenia żądania odrzucenia oferty wykonawcy ENERIS - wezwanie wykonawcy ENERIS do wyjaśnienia rażąco niskiej ceny, zgodnie z uzasadnieniem odwołania.

Uzasadniając podniesione zarzuty odwołujący wskazał w szczególności, że w treści oferty wykonawcy ENERIS występują istotne, niezrozumiałe dysproporcje w wycenie odbioru poszczególnych frakcji odpadów. Cena odbioru odpadów zmieszanych (464,40 zł) jest 4,3 razy

wyższa od ceny (108,00 zł) za odbiór wskazanych niżej frakcji: - Papier i tektura, opakowania z papieru; - Tworzywa sztuczne, opakowania z tworzyw sztucznych; - Zmieszane odpady opakowaniowe, odpady wielomateriałowe. Zaoferowane przez wykonawcę ENERIS ceny za odbiór wskazanych niżej odpadów: - Papier i tektura, opakowania z papieru; - Tworzywa sztuczne, opakowania z tworzyw sztucznych; - Zmieszane odpady opakowaniowe, odpady wielomateriałowe, wydają się rażąco niskie, stąd obowiązkiem zamawiającego było wezwanie tego wykonawcy do udzielenia wyjaśnień dotyczących ich wyliczenia. Uzasadniając powyższe odwołujący wskazał, że ceny za ww. części składowe są o ponad 30% niższe od średniej arytmetycznej cen złożonych ofert (okoliczność, o której mowa w art. 90 ust.1a pkt 1 ustawy Pzp). Za każdy z ww. odpadów odwołujący zaoferował tę samą stawkę tj. 549,00/Mg, co przy uwzględnieniu ceny wykonawcy ENERIS (108 zł) daje średnią cenę na poziomie 328,5 zł. Oznacza to, że cena oferty ENERIS jest o 68% niższa od średniej cen złożonych ofert. Odwołujący stwierdził również, że cena za odbiór ww. odpadów jest o ponad 30% niższa od szacunków zamawiającego (okoliczność z art. 90 ust. 1a pkt 1 ustawy Pzp). Łączna ilość odpadów podlegających odbiorowi wynosi 2.713 Mg, co przy uwzględnieniu kwoty przeznaczonej na sfinansowanie zamówienia (833.333 zł netto) daje średnią cenę odbioru 1 Mg odpadów na poziomie 307 zł netto/331,56 zł brutto, przy cenie wykonawcy ENERIS 108 zł. Niezależnie od ww. okoliczności odwołujący podniósł, że cena 108 zł za odbiór 1 Mg odpadów nie pokrywa kosztów odbioru odpadów. Na potwierdzenie powyższego odwołujący przedstawił w uzasadnieniu odwołania szczegółowe wyliczenia. Ponadto stwierdził, że obliczone koszty odbioru 1 Mg odpadów nie obejmują innych, istotnych kosztów wykonawcy niezbędnych do wykonania zamówienia, w tym takich jak koszty: pojazdów/finansowania pojazdów; utrzymania bazy magazynowo sprzętowej oraz biura; zakupu worków; napraw/przeглядów/ dozoru technicznego; inne (w tym między innymi koszty bazy, wydruku harmonogramów, wyceny ryzyk związanych z realizacją zamówienia, koszty GPS, koszty mycia pojazdów); zysk. Zaznaczył, że ceny za odbiór wskazanych wyżej frakcji odpadów winny być uznane za odnoszące się do istotnych części składowych zamówienia. Podane przez zamawiającego w SIWZ ilości odpadów są szacunkowe i mogą nawet istotnie wzrosnąć. Skoro zamawiający wymagał odrębnego określenia stawki za odbiór poszczególnych frakcji odpadów, to już sama ta okoliczność świadczy o konieczności kwalifikowania ich jako istotne części składowe. Łączna ilość ww. frakcji odpadów przewidzianych do odbioru wynosi 792 Mg, co stanowi ponad 29% całego zakresu zamówienia. Ponadto, w ocenie odwołującego, opisane powyżej, drastyczne zróżnicowanie cen za odbiór poszczególnych frakcji odpadów, świadczy o zastosowaniu przez wykonawcę ENERIS tzw. inżynierii cenowej, polegającej na przenoszeniu kosztów pomiędzy poszczególnymi pozycjami cenowymi, co w świetle warunków przetargu jest działaniem niedopuszczalnym. Działanie to, jak również sztuczne,

drastyczne zróżnicowanie cen za poszczególne frakcje jest działaniem sprzecznym z dobrymi obyczajami. Zdaniem odwołującego powyższe winno być skutkować odrzuceniem oferty wykonawcy ENERIS na podstawie art. 89 ust. 1 pkt 3 ustawy Pzp.

Pismem wniesionym do Prezesa Izby w dniu 1 lipca 2020 r. wykonawca ENERIS zgłosił przystąpienie do postępowania odwoławczego po stronie zamawiającego.

W dniu 11 sierpnia 2020 r. zamawiający wniósł do akt sprawy drogą elektroniczną kopię (skan) odpowiedzi na odwołanie zawierający oświadczenie o częściowym uwzględnieniu zarzutów odwołania, tj. w zakresie zarzutu naruszenia art. 7 ust. 1 oraz art. 90 ust. 1 oraz ust. 1a ustawy Pzp oraz wniosek o oddalenie odwołania w zakresie zarzutu naruszenia art. 7 ust. 1 oraz art. 89 ust. 1 pkt 3 ustawy Pzp.

W dniu 11 sierpnia 2020 r. do Prezesa Izby wpłynęło pismo wykonawcy ENERIS (opatrzone kwalifikowanym podpisem elektronicznym) zawierające oświadczenie ww. wykonawcy o niewnoszeniu sprzeciwu wobec częściowego uwzględnienia zarzutów odwołania.

W dniu 11 sierpnia 2020 r. odwołujący wniósł do akt sprawy drogą elektroniczną kopię (skan) pisma zawierającego oświadczenie o wycofaniu zarzutu nieuwzględnionego przez zamawiającego (zarzut naruszenia art. 7 ust. 1 oraz art. 89 ust. 1 pkt 3 ustawy Pzp). Oryginał ww. pisma został przez odwołującego wniesiony do akt sprawy w dniu 13 sierpnia 2020 r.

**Po przeprowadzeniu rozprawy, Krajowa Izba Odwoławcza ustaliła i zważyła, co następuje.**

**Izba ustaliła, co następuje:**

Izba ustaliła, że nie została wypełniona żadna z przesłanek, o których stanowi art. 189 ust. 2 ustawy Pzp, skutkujących odrzuceniem odwołania.

Izba stwierdziła, że odwołujący jest legitymowany, zgodnie z przepisem art. 179 ust. 1 ustawy Pzp, do wniesienia odwołania.

Na podstawie dokumentacji postępowania Izba ustaliła w szczególności, co następuje:

Przedmiotem zamówienia jest: 1) realizacja usługi odbioru (transportu) odpadów komunalnych z terenu Miasta i Gminy Morawica pochodzących z nieruchomości, na których zamieszkują mieszkańcy, w tym odpadów wielkogabarytowych i przekazanie tych odpadów do Zakładu Utylizacji Odpadów w Promniku; 2) wyposażenie wszystkich nieruchomości zamieszkałych w pojemniki na odpady zmieszane oraz worki do selektywnej zbiórki odpadów; 3) odbiór i zagospodarowanie niektórych rodzajów odpadów znajdujących się w Punkcie Selektywnej Zbiórki Odpadów Komunalnych [poza wskazanymi w tabeli nr 1].

W formularzu oferty wykonawcy obowiązani byli wskazać cenę brutto zł/Mg(2) za realizację usług objętych przedmiotem zamówienia między innymi w odniesieniu do następujących kategorii odpadów (usługi wskazane w pkt 1 i 2 powyżej):

- Niesegregowane (zmieszane) odpady komunalne (200301);
- Papier i tektura, opakowania z papieru (150101);
- Tworzywa sztuczne, opakowania z tworzyw sztucznych (150102);
- Zmieszane odpady opakowaniowe, odpady wielomateriałowe (150106).

W powyższym zakresie odwołujący i wykonawca ENERIS zaoferowali następujące ceny:

Odwołujący:

- Niesegregowane (zmieszane) odpady komunalne (200301) – 549,00 zł;
- Papier i tektura, opakowania z papieru (150101) – 549,00 zł;
- Tworzywa sztuczne, opakowania z tworzyw sztucznych (150102) – 549,00 zł;
- Zmieszane odpady opakowaniowe, odpady wielomateriałowe (150106) – 549,00 zł.

Wykonawca ENERIS:

- Niesegregowane (zmieszane) odpady komunalne (200301) – 464,40 zł;
- Papier i tektura, opakowania z papieru (150101) – 108,00 zł;
- Tworzywa sztuczne, opakowania z tworzyw sztucznych (150102) – 108,00 zł;
- Zmieszane odpady opakowaniowe, odpady wielomateriałowe (150106) – 108,00 zł.

Zgodnie z § 3 ust. 3 wzoru umowy rozliczenie za wykonaną usługę będzie odbywało się każdorazowo po zakończeniu miesiąca kalendarzowego na podstawie prawidłowo wystawionej faktury złożonej wraz z raportem miesięcznym (przekazanym w formie papierowej oraz elektronicznej) zawierającym ilości odebranych odpadów (wynikających z dokumentów ważenia) wraz z potwierdzającymi jej kartami przekazania odpadu do instalacji komunalnej wskazanej w SIWZ lub podmiotu zbierającego te odpady oraz przekazania pozostałych wymaganych dokumentów opisanych szczegółowo w § 1 ust. 3 pkt 3) umowy.

Pismem z dnia 23 czerwca 2020 r. zamawiający poinformował o wyborze najkorzystniejszej oferty, tj. oferty złożonej przez wykonawcę ENERIS.

#### **Izba zważyła, co następuje:**

Izba uznała, iż nie wystąpiła podstawa do umorzenia postępowania odwoławczego wskazana w art. 186 ust. 3a ustawy Pzp. Wymaga wyjaśnienia, iż umorzenie postępowania odwoławczego na podstawie ww. przepisu może mieć miejsce w sytuacji uwzględnienia przez

zamawiającego części zarzutów odwołania, braku sprzeciwu ze strony wykonawcy zgłaszającego przystąpienie do postępowania odwoławczego po stronie zamawiającego oraz wycofania przez odwołującego pozostałych zarzutów. Uwzględnienie zarzutów przez zamawiającego następuje poprzez złożenie odpowiedzi na odwołanie. Wymagana forma odpowiedzi na odwołanie została przez ustawodawcę wskazana w przepisie art. 186 ust. 1 zdanie drugie ustawy Pzp. Zgodnie z tą regulacją odpowiedź na odwołanie wnosi się w formie pisemnej lub ustnie do protokołu. Należy podkreślić, iż jest to przepis o randze ustawowym i w związku z tym jego stosowanie nie może zostać wyłączone ani ograniczone na mocy przepisu rozporządzenia. Aby zatem zaistniała podstawa do umorzenia postępowania odwoławczego konieczne jest wniesienie przez zamawiającego odpowiedzi na odwołanie w formie wymaganej ww. przepisem ustawy Pzp. W niniejszej sprawie zamawiający wniósł do akt sprawy drogą elektroniczną jedynie kopię (skan) odpowiedzi na odwołanie. Wobec powyższego Izba nie była uprawniona do umorzenia postępowania odwoławczego w odniesieniu do całości zarzutów odwołania. Postępowanie odwoławcze zostało umorzone jedynie w odniesieniu do zarzutu, który został przez odwołującego skutecznie wycofany – oświadczenie odwołującego w tym zakresie zostało podtrzymane na posiedzeniu przed Izbą w dniu 13 sierpnia 2020 r. – na podstawie art. 187 ust. 8 zdanie pierwsze ustawy Pzp.

Izba uznała, iż odwołanie – w zakresie podlegającym rozpoznaniu - zasługuje na uwzględnienie.

Przepis art. 90 ust. 1 ustawy Pzp, którego naruszenie odwołujący zarzucał zamawiającemu, dotyczy sytuacji, w której zaoferowana przez wykonawcę cena lub koszt, lub ich istotne części składowe, wydają się rażąco niskie w stosunku do przedmiotu zamówienia i budzą wątpliwości zamawiającego co do możliwości wykonania przedmiotu zamówienia zgodnie z wymaganiami określonymi przez zamawiającego lub wynikającymi z odrębnych przepisów. W takim przypadku zamawiający wzywa wykonawcę do udzielenia wyjaśnień, w tym złożenia dowodów, dotyczących wyliczenia ceny lub kosztu. Dla skutecznego podniesienia ww. zarzutu konieczne jest wykazanie istnienia obiektywnych okoliczności, w związku z którymi zamawiający winien powziąć wątpliwości co do ceny zaoferowanej przez danego wykonawcę. Przepis art. 90 ust. 1a ustawy Pzp odnosi się do sytuacji, w której cena oferty wykonawcy jest niższa o co najmniej 30% od wartości zamówienia powiększonej o należny podatek od towarów i usług lub średniej arytmetycznej cen wszystkich złożonych ofert. Jakkolwiek regulacja ta odnosi się do ceny całkowitej oferty, to przekroczenie wskazanego tam progu różnicy w przypadku cen jednostkowych, które odpowiadają istotnym częściom składowym oferty, stanowiącym podstawę odrębnego ustalania wynagrodzenia, będzie uzasadniało wystosowanie do wykonawcy wezwania, o którym mowa w przepisie art. 90 ust. 1 ustawy Pzp.

Izba uznała, iż w niniejszej sprawie w treści odwołania odwołujący przedstawił obiektywne okoliczności skutkujące powstaniem wątpliwości co do zaoferowanej przez wykonawcę ENERIS ceny oferty, tj. okoliczności odnoszące się do stosunku wskazanych cen jednostkowych zawartych w ofertach wykonawców, którzy wzięli udział w postępowaniu oraz wyliczenia na potwierdzenia tego, że zaoferowana cena 108 zł za odbiór 1 Mg odpadów nie pokrywa kosztów odbioru odpadów. Powyższe okoliczności i wyliczenia odnoszą się do cen jednostkowych, które odpowiadają istotnym częściom składowym oferty - poszczególne frakcje odpadów, stanowiące podstawę odrębnego ustalania wynagrodzenia. Zamawiający ani wykonawca ENERIS nie przedstawili przeciwnego stanowiska, co przy uwzględnieniu pozostałych okoliczności sprawy, tj. treści stanowisk zamawiającego i wykonawcy ENERIS z dnia 11 sierpnia 2020 r., Izba uznała za przyznanie zasadności postawionego w tym zakresie zarzutu odwołania. W ocenie składu orzekającego Izby kopia pisma zamawiającego z dnia 11 sierpnia 2020 r. wprawdzie nie mogła zostać potraktowana jako odpowiedź na odwołanie złożona w wymaganej formie i stanowiąca podstawę umorzenia postępowania odwoławczego, jednakże mogła zostać uznana za dodatkowe – wobec braku zaprezentowania odmiennego stanowiska - potwierdzenie okoliczności występowania po stronie zamawiającego wątpliwości co do zaoferowanej przez wykonawcę ENERIS ceny, co uzasadnia wystosowanie do tego wykonawcy wezwania do udzielenia wyjaśnień, w tym złożenia dowodów, dotyczących wyliczenia ceny oferty.

Biorąc pod uwagę powyższe, Izba orzekła, jak w punkcie pierwszym sentencji, na podstawie art. 192 ust. 1 i 2 ustawy Pzp.

O kosztach postępowania odwoławczego Izba orzekła na podstawie art. 192 ust. 9 i 10 Pzp oraz § 3 pkt 1 i § 5 ust. 2 pkt 1 rozporządzenia Prezesa Rady Ministrów z dnia 15 marca 2010 r. w sprawie wysokości i sposobu pobierania wpisu od odwołania oraz rodzajów kosztów w postępowaniu odwoławczym i sposobu ich rozliczania (Dz. U. z 2018 r. poz. 972), stosownie do wyniku postępowania.

**Przewodniczący:** .....