

WYROK

z dnia 25 października 2023 r.

Krajowa Izba Odwoławcza - w składzie:

Przewodniczący: **Joanna Gawdzik-Zawalska**

Członkowie: **Małgorzata Jodłowska**

Monika Kawa - Ogorzałek

Protokolant: **Aldona Karpińska**

po rozpoznaniu na rozprawie w dniu 24 października 2023 r. w Warszawie odwołania wniesionego do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej w dniu 9 października 2023 r. przez wykonawców:

Przedsiębiorstwo Usług Komunalnych Sp. z o.o. z siedzibą w Rumi oraz R. L. prowadzącego działalność gospodarczą pod nazwą Usługi Transportowe R. L. z siedzibą w Starzyno, ubiegających się o udzielenie zamówienia publicznego w postępowaniu prowadzonym przez zamawiającego:

Gminę Miasta Gdyni, przy udziale wykonawcy ubiegającego się o udzielenie zamówienia:

Remondis sp. z o.o. z siedzibą w Warszawie zgłaszającego przystąpienie do postępowania odwoławczego po stronie zamawiającego

orzeka:

1. **Oddala odwołanie**
2. Kosztami postępowania obciąża odwołującego i:
 - 2.1. zalicza w ich poczet poniesione przez odwołującego kwoty 15 000 zł 00 gr (słownie: piętnaście tysięcy złotych zero groszy) tytułem wpisu oraz 3 600 zł 00 gr (słownie: trzy tysiące sześćset złotych zero groszy) tytułem wynagrodzenia pełnomocnika i 738 zł 00 gr (słownie: siedemset trzydzieści osiem złotych zero groszy) tytułem kosztów dojazdu na rozprawę oraz poniesioną przez zamawiającego kwotę 3 600 zł 00 gr (słownie: trzy tysiące sześćset złotych zero groszy) tytułem wynagrodzenia pełnomocnika;

- 2.2. zasądza od odwołującego na rzecz zamawiającego kwotę 3 600 zł 00 gr (słownie: trzy tysiące sześćset złotych zero groszy) tytułem zwrotu kosztów postępowania odwoławczego.

Stosownie do art. 579 i art. 580 ustawy z dnia 11 września 2019 r. - Prawo zamówień publicznych (tj.: Dz.U. z 2022 r., poz. 1710 z późn. 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:

Członkowie:

.....

UZASADNIENIE

Gmina Miasta Gdyni (Al. Marszałka Piłsudskiego 52/54, 81-382 Gdynia) (dalej również: Zamawiający) prowadzi na podstawie ustawy z dnia 11 września 2019 r. Prawo zamówień publicznych (tj.: Dz.U. z 2022 r., poz. 1710 z późn. zm.) (dalej również: Ustawa lub Pzp) w trybie przetargu nieograniczonego postępowanie o udzielenie zamówienia publicznego pn.: „ Odbiór i zagospodarowanie odpadów komunalnych z terenu Gminy Miasta Gdyni z nieruchomości, na których zamieszkują mieszkańcy ”, część VI i VII. (dalej również: Postępowanie). Zasady, warunki i przedmiot zamówienia opisuje specyfikacja warunków zamówienia (dalej również: SWZ).

W dniu 24 października września 2023 r. do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej w Warszawie wpłynęło odwołanie wykonawców: Przedsiębiorstwo Usług Komunalnych Sp. z o.o. (ul. Dębogórska 148, 84-230 Rumia) i R. L. prowadzący działalność gospodarczą pod nazwą Usługi Transportowe R. L. (ul. Trzy Gracki 8, 84-107 Starzyno) (dalej również: Wykonawca lub Odwołujący) ubiegających się wspólnie o udzielenie zamówienia w ramach Postępowania.

W dniu 13 października września 2023 r. przystąpienie do postępowania odwoławczego po stronie zamawiającego zgłosił wykonawca Remondis sp. z o.o. (ul. Zawodzie 18, 02-981 Warszawa) (dalej również: Przystępujący lub Remondis) ubiegający się o udzielenie zamówienia publicznego. Wobec zgłoszenia przystąpienia w terminie i zgodnie z warunkami określonymi w art. 525 Pzp Izba uznała przystąpienie do postępowania odwoławczego po stronie zamawiającego za skuteczne.

Odwołujący wniósł odwołanie od nieprawidłowych i niezgodnych z prawem czynności i zaniechań Zamawiającego dokonanych z naruszeniem Ustawy w postaci: 1. unieważnienia czynności wyboru oferty Odwołującego jako najkorzystniejszej w zakresie części VI, 2. wyboru jako najkorzystniejszej oferty złożonej w części VI i VII zadania przez Remondis, 3. odrzucenia oferty złożonej przez Odwołującego w części VI i VII zadania z uwagi na rzekomo rażąco niską cenę przedmiotowej oferty, 4. zaniechania odrzucenia oferty złożonej przez Remondis w części VI i VII zadania z uwagi na rażąco niską cenę przedmiotowej oferty.

Odwołujący zarzucił Zamawiającemu naruszenie:

1. art. 16 Pzp w związku z art. 226 ust. 1 pkt 8) Pzp w związku z art. 554 ust. 3 punkt 1) lit. b) Pzp poprzez unieważnienie czynności wyboru oferty Odwołującego jako

najkorzystniejszej w zakresie części VI z uwagi na rzekomo rażąco niską cenę przedmiotowej oferty, pomimo iż badanie oferty ww. oferty w tym zakresie zostało uprzednio zakończone stwierdzeniem braku rażąco niskiej ceny, a postępowanie zakończone wyrokiem KIO z dnia 01.09.2023 r. (KIO 2464/23) nie dotyczyło czynności Zamawiającego podejmowanych w ramach oceny ofert złożonych w części VI zadania, a przez to prowadzenie postępowania w sposób niezapewniający zachowania uczciwej konkurencji oraz równego traktowania wykonawców;

2. art. 16 Pzp w związku z art. 224 ust. 1, 2 i 6 Pzp w zw. art. 226 ust. 1 pkt 8) Pzp poprzez wadliwą ocenę wyjaśnień rażąco niskiej ceny złożonych przez Odwołującego w ramach oferty w zakresie części VI i VII zadania i odrzucenie oferty Odwołującego, mimo iż złożył on wyjaśnienia zgodne z treścią wezwania Zamawiającego, w oparciu o które Zamawiający miał możliwość stwierdzenia, że cena oferty nie spełnia znamion rażąco niskiej, a przez to prowadzenie postępowania w sposób niezapewniający zachowania uczciwej konkurencji oraz równego traktowania wykonawców;
3. art. 224 ust. 1 i 6 Pzp w zw. art. 226 ust. 1 pkt 8) Pzp poprzez wadliwą ocenę wyjaśnień rażąco niskiej ceny złożonych przez Remondis i zaniechanie odrzucenia oferty Remondis mimo, iż wykonawca ten nie złożył wyjaśnień spełniających wymagania określone w art. 224 pzp, a w konsekwencji cena oferty Remondis jest ceną rażąco niską;
4. art. 226 ust. 1 pkt 8) Pzp poprzez zaniechanie odrzucenia oferty Remondis mimo, iż złożył ofertę zawierającą rażąco niską cenę;
5. art. 226 ust. 1 pkt 7) Pzp w zw. z art. 3 ust. 1 ustawy o zwalczaniu nieuczciwej konkurencji, dalej „uznk” i art. 15 ust. 1 pkt 1 uznk poprzez zaniechanie odrzucenia oferty złożonej przez Remondis pomimo, iż została złożona w warunkach czynu nieuczciwej konkurencji.

Odwołujący wnosił o nakazanie Zamawiającemu: unieważnienia czynności wyboru oferty najkorzystniejszej w zakresie części VI i VII zadania; unieważnienia czynności odrzucenia oferty Odwołującego w zakresie części VI i VII zadania; powtórzenia czynności badania i oceny ofert z uwzględnieniem zarzutów odwołania.

Odwołujący wnosił o dopuszczenie dowodu z dokumentów Postępowania Zamawiający wnosił o oddalenie zarzutów.

Przystępujący przyłączył się do stanowiska Zamawiającego.

Krajowa Izba Odwoławcza ustaliła i zważyła, co następuje:

Izba nie dopatrzyła się zaistnienia przesłanek skutkujących odrzuceniem odwołania na podstawie art. 528 Ustawy. Izba uznała, że Odwołujący wykazał interes w uzyskaniu zamówienia i możliwość poniesienia szkody jako przesłanki materialnoprawnej dopuszczalności odwołania z art. 505 ust. 1 Ustawy.

Mając na uwadze zebrany w sprawie materiał dowodowy oraz stanowiska stron i uczestnika Izba oddaliła odwołanie. Ustalając stan faktyczny Izba dopuściła dowody wnioskowane przez strony i uczestnika - oparła się na dokumentacji zamówienia oraz złożonych do akt dowodach dokumentowych, uwzględniając stanowiska i oświadczenia stron i uczestnika zaprezentowane w pismach procesowych i na rozprawie.

Izba ustaliła, że w niniejszej sprawie stan faktyczny Postępowania, co do zasady nie był sporny. Spór sprowadzał się do oceny dopuszczalności unieważnienia czynności wyboru oferty Odwołującego i dokonania ponownej oceny udzielonych wyjaśnień rażąco niskiej ceny w drodze autokorekty tej czynności przez Zamawiającego, oceny udzielonych przez Odwołującego wyjaśnień rażąco niskiej ceny, w kontekście uznania ich za nieobejmujące swym zakresem kwestii, których wyjaśnienia żądał Zamawiający oraz charakteru ceny Odwołującego jako będącej rażąco niską oraz oceny przez Zamawiającego wyjaśnień Przystępującego w zakresie rażąco niskiej ceny i uznania ich za wystarczające dla uznania że cena ofertowa Przystępującego nie jest rażąco niska i daje możliwość wykonania przedmiotu zamówienia za cenę ofertową. W zakresie zarzutu naruszenie uznk Odwołujący nie skonkretyzował zarzutu, nie wskazał zachowania, w którym upatruje naruszenia uznk ani hipotezy normy, którą zachowanie Przystępującego w jego ocenie wypełniło.

Izba ustaliła oparciu o dokumentację Postępowania oraz wyjaśnienia stron i uczestnika bezsporne okoliczności, że:

1. Zamawiający prowadzi Postępowanie w podziale na 7 części;
2. W części VI (obejmującej sektor VI) oferty złożyło dwóch wykonawców, którzy zaoferowali następujące ceny:
Remondis - 815,68 zł za 1Mg, cena za całość 16.135.781,76 zł,
Odwołujący – 745,20 zł za 1 Mg, cena za całość 14.741.546,40 zł;
3. W części VII (obejmującej sektor VII) oferty złożyło trzech wykonawców, którzy zaoferowali następujące ceny:
Remondis - 867,11 zł za 1Mg, cena za całość 19.333.951,67 zł,

Przedsiębiorstwo Robót Sanitarno-Porządkowych „Sanipor” Sp. z o.o. (dalej również Sanipor) - 709,95 zł za 1Mg, cena za całość 15.829.755,15 zł,

Odwołujący - 745,20 zł za 1 Mg, cena za całość 16.615.724,40 zł;

4. Szacunkowa wartość zamówienia ustalona została na kwotę dla części VI 29.593.516,76 zł, dla części VII 33.713.584,20 zł;
5. Zamawiający w dniu 26 czerwca 2023 r. wezwał w zakresie części VI i VII Postępowania łącznie każdego z wykonawców do złożenia wyjaśnień ceny rażąco niskiej - powodem wezwania był obowiązek ustawowy wynikający z przepisu art. 224 ust. 2 pkt 1) Ustawy, gdyż ceny zaoferowane przez wykonawców były niższe o więcej niż 30% wartości zamówienia powiększonej o podatek od towarów i usług. Zamawiający żądał: „1) przedstawienie kalkulacji ceny, 2) wskazanie czynników cenotwórczych, 3) wykazanie, że przyjęte ceny wystarczają na pokrycie całkowitych kosztów wykonania zamówienia w tym: a) kosztów bezpośrednich takich jak: koszt pracy osób wykonujących czynności w ramach umowy, koszt transportu (samochody, paliwo i inne koszty eksploatacyjne), koszty wyposażenia nieruchomości w pojemniki i worki, koszty zagospodarowania odpadów i inne b) kosztów pośrednich takich jak koszty ubezpieczeń, komunikacji, zabezpieczenia istotnego wykonania umowy itd. - oraz przynoszą wykonawcy zysk, 4) określenie okoliczności wpływających na sytuację wykonawcy pozwalającą na przyjęcie cen zaoferowanych, 5) załączenie dowodów potwierdzających realność przyjętych kosztów. Wyjaśnienia powinny uwzględniać koszty pracy z uwzględnieniem przepisów dotyczących minimalnego wynagrodzenia za pracę lub minimalnej stawki godzinowej. Wyjaśnienia powinny również wykazywać zgodność zaoferowanych cen z przepisami z zakresu prawa pracy i zabezpieczenia społecznego”. Zamawiający przywołał art. 224 ust. 3 Ustawy i wskazał, że treść wyjaśnień wraz z dowodami zostanie oceniona pod kątem ustalenia „czy zaoferowana cena nie jest rażąco niska w stosunku do przedmiotu zamówienia opisanego w SOPZ oraz warunków realizacji świadczeń określonych w projekcie umowy.”;
6. W pozostałych częściach Postępowania nie było podstawy do wzywania wykonawców do wyjaśnień rażąco niskiej ceny i Zamawiający dokonał oceny i wyboru oferty najkorzystniejszej i zawarł umowy na realizację zamówienia publicznego dla każdej z części od I do V Postępowania;

7. Zamawiający otrzymał wyjaśnienia w zakresie części VI i VII od wszystkich wykonawców w terminie. W wyjaśnieniach rażąco niskiej ceny Odwołujący przedstawił w formie opisowej i wykresu kołowego żądane przez Zamawiającego informacje, nie wskazał kwot, niemniej jednak operował udziałami procentowymi poszczególnych pozycji kosztowych w kwocie oferty; Sanipor również przedstawił ogólne wyjaśnienia odnoszące się do wymaganych wezwaniem zagadnień;
8. W wyniku oceny wyjaśnień Zamawiający poprosił o uszczegółowienie wyjaśnień jedynie dwóch wykonawców tj. Odwołującego i Sanipor.
9. W wezwaniu z dnia 6 lipca 2023 r. do części VI i VII łącznie oczekiwał od Odwołującego: „uszczegółowienia w zakresie wskazanych elementów kształtujących cenę wskazanych w odpowiedzi z dnia 3 lipca 2023 r.: 1) przyjęcie odpadów przez Eko Dolinę Sp. z o.o.; 2) wynagrodzenia (pensje pracowników); 3) paliwo; 4) koszty leasingu pojazdów (śmieciarki, myjki, pojazdy do 3,5 tony); 5) pojemniki; 6) montaż i utrzymanie systemu RFID; 7) ubezpieczenia; 8) worki; 9) klucze/piloty; 10) koszty wadliw i gwarancji; 11) opłaty administracyjne, drogowe, środowiskowe; 12) koszty ogólnego zarządu projektu; 13) pozostałe; 14) zysk.” Żądał konkretnych obliczeń „ww. elementów, z których Zamawiający będzie mógł jednoznacznie wyprowadzić kwoty dla poszczególnych elementów np. (a) w zakresie kosztów osobowych proszę przedstawić liczbę osób na danym stanowisku, wymiar zatrudnienia w tym zamówieniu, wysokość wynagrodzenia itd., (b) w przypadku kosztów leasingu pojazdów – wskazanie liczby pojazdów, ich zaangażowania w realizację zamówienia, przypadające na te samochody koszty itd. Podobnie w przypadku wszystkich pozostałych wskazanych powyżej elementów w punktach od 1) do 14), proszę o przedstawienie, w jaki sposób osiągnęli Państwo kwoty przedstawione w wyjaśnieniach przekazanych 3 lipca. Proszę, aby przedstawiona kalkulacja pozwalała Zamawiającemu w drodze logicznego rozumowania wywnioskować z czego dane kwoty wynikają, w szczególności poprzez uszczegółowienie informacji pozwalających na zidentyfikowanie sposobu osiągnięcia wskazanych kwot. Proszę również o przedstawienie dowodów na wykazane w wyjaśnieniach okoliczności takich jak umowy, oferty, dokumenty księgowe itp. potwierdzające przyjęte założenia do kalkulacji ceny. Przedstawione wyjaśnienia wraz z dowodami zostaną ocenione przez Zamawiającego pod kątem ustalenia, czy zaoferowana cena nie jest rażąco niska w

stosunku do przedmiotu zamówienia opisanego w OPZ oraz warunków realizacji świadczeń określonych w projekcie umowy.” W wezwaniu do Sanipor Zamawiający żądał wyjaśnienia podobnych elementów;

10. Uszczegółowione wyjaśnienia zostały złożone przez obu wykonawców w terminie;
11. Zamawiający w dniu 11 sierpnia 2023 r. dokonał wyboru oferty najkorzystniejszej w części VI i VII; W części VI jako najkorzystniejsza wybrana została oferta Odwołującego, w części VII jako najkorzystniejsza wybrana została oferta Sanipor;
12. W części VII zostało wniesione odwołanie przez Odwołującego dotyczące wyjaśnień ceny rażąco niskiej złożonych przez Sanipor, które zostało rozpatrzone przez KIO w sprawie o sygnaturze akt KIO 2464/23, w której wyrokiem z dnia 1 września 2023 r. Krajowa Izba Odwoławcza stwierdziła, że oferta Sanipor złożona w części VII zamówienia obejmuje rażąco niską i nakazała jej odrzucenie i powtórzenie oceny ofert;
13. Zamawiający unieważnił wybór w zakresie części VI i VII Postępowania i w dniu 27 września 2023 r. dokonał ponownej oceny i wyboru oferty najkorzystniejszej, Zamawiający odrzucił w części VI i VII ofertę Odwołującego i w części VII ofertę Sanipor na podstawie art. 224 ust 6 Ustawy w związku z 226 ust. 1 pkt 8 Ustawy;
14. Czynności w zakresie części VII dokonane zostały przez Zamawiającego w wykonaniu wyroku KIO wydanego w sprawie o sygnaturze akt KIO 2464/23; Zamawiający unieważnił wybór oferty najkorzystniejszej i odrzucił ofertę Sanipor, dodatkowo Zamawiający ponownie przeanalizował wyjaśnienia rażąco niskiej ceny złożone przez Odwołującego w odpowiedzi na wezwanie z dnia 6 lipca 2023 r. ocenił je jako nieprawidłowe w świetle Pzp tj. nie zawierające wyjaśnienia wszystkich żądanych wezwaniem kwestii i nie popartych dowodami i odrzucił ofertę Odwołującego a następnie dokonał wyboru jako najkorzystniejszej oferty Remondis;
15. Czynności w zakresie części VI dokonane zostały przez Zamawiającego w wyniku autokorekty czynności przez Zamawiającego, który stwierdził zaistnienie tej potrzeby m.in. „w związku z tym, że Odwołujący złożył swoje wyjaśnienia łącznie dla obu części, nie rozróżniając, ani nie wskazując rozbieżności kwot na poszczególne części a ocena wyjaśnień w zakresie części VII (w której nakazano powtórzenie oceny ofert), musiała skutkować takąż oceną w części VI.”

Izba ustaliła także w oparciu o dokumenty Postępowania oraz uzasadnienie wyroku Krajowej Izby Odwoławczej w sprawie KIO 2464/23, że:

1. w odniesieniu do Sanipor 1) Zachodziły przesłanki obligatoryjnego zwrócenia się do wykonawcy o udzielenie wyjaśnień, 2) Wezwanie do wyjaśnienia nie zostało zakwestionowane przez wykonawcę, 3) Nie ma wątpliwości, jakich informacji oczekiwał Zamawiający od wykonawcy tj. m.in. kalkulacji ceny, wskazania czynników cenotwórczych, wskazania że ceny wystarczają na pokrycie całkowitych kosztów wykonania zamówienia, uwzględnienia kosztów pracy, 4) Sanipor: a) ograniczył się do wskazania ogólnych kwot a nie kalkulacji ceny, wymienił elementy jakie składają się na koszty ponoszone w zamówieniu i zbiorcze wartości. Nie wynika z wyjaśnień na jakiej podstawie przyjęto takie a nie inne kwoty, co składa się na elementy, b) nie wskazał czynników cenotwórczych wskazując ogólnie, że są to wynegocjowana cena paliw, własna baza, koszty wynagrodzeń , ceny utylizacji odpadów i inne, c) w zakresie kosztów pracy oświadczył, że wypłaca co najmniej wynagrodzenie minimalne - brak jednak kalkulacji ile osób zatrudnia, jakie wynagrodzenie osoby te otrzymują oraz ilu z nich będzie skierowanych do realizacji zamówienia d) nie poparł twierdzeń żadnymi dowodami, 5) z przepisów wprost wynika konieczność złożenia dowodów w zakresie wyliczenia kosztu lub ceny.
2. Zamawiający dokonał ponownie oceny wszystkich wyjaśnień rażąco niskiej ceny złożonych w Postępowaniu dla części VI i VII oraz prawidłowo ustalił w odniesieniu do wyjaśnień Odwołującego, czemu dał wyraz w czynności odrzucenia oferty, że: „1) Zachodziły przesłanki obligatoryjnego zwrócenia się do wykonawcy o udzielenie wyjaśnień, 2) Wezwanie do wyjaśnienia nie zostało zakwestionowane przez wykonawcę, 3) Nie ma wątpliwości, jakich informacji oczekiwał Zamawiający od wykonawcy tj. m.in. kalkulacji ceny, wskazania czynników cenotwórczych, wskazania że ceny wystarczają na pokrycie całkowitych kosztów wykonania zamówienia, uwzględnienia kosztów pracy, 4) Z przepisów wprost wynika konieczność złożenia dowodów w zakresie wyliczenia kosztu lub ceny. Wyjaśnienia złożone przez Odwołującego zawierają listę 14 rodzajów kosztów: 1. przyjęcie odpadów przez Eko Dolinę Sp. z o.o; 2. wynagrodzenia (pensje pracowników); 3. paliwo; 4. koszty leasingu pojazdów

(śmieciarki, myjki, pojazdy do 3,5 tony); 5. pojemniki; 6. montaż i utrzymanie systemu RFID; 7. ubezpieczenia; 8. worki; 9. klucze/piloty; 10. koszty wadów i gwarancji 11. opłaty administracyjne, drogowe, środowiskowe; 12. koszty ogólnego zarządu projektu 13. pozostałe (m.in. wydruk harmonogramów i inne); 14. zysk; jak też wykres kołowy wskazujący, jaki udział procentowy ma każdy z podanych kosztów w kwocie ogólnej. Następnie Odwołujący wymienił 3 rodzaje ryzyk, jakie wzięt pod uwagę oraz przedstawił w formie wykresu kołowego liczbę osób zaangażowanych w realizację zadania. W wyjaśnieniach uzupełnionych kolejnym pismem przekazanym w odpowiedzi na drugie wezwanie Zamawiającego Odwołujący oprócz procentowego udziału kosztów wyliczył kwoty, wskazał, że wyliczał koszty pracy biorąc pod uwagę liczbę osób zaangażowanych w realizację zamówienia, jak też liczbę pojazdów i kilometrów. Nie podał przy tym konkretnych obliczeń. Zamawiający stwierdza, że w wyjaśnieniach: 1) Brak jest kalkulacji ceny. Nie wynika z nich, na jakiej podstawie przyjęto takie a nie inne udziały procentowe kosztów oraz co w istocie na koszty te się składa, 2) Nie wskazano czynników cenotwórczych wskazując ogólnie, że wzięto pod uwagę ryzyka oraz potrzebną liczbę osób, przejechaną liczbę kilometrów; Wykonawca nie wskazał żadnych danych pozwalających na weryfikację przyjętego rozbitcia procentowego, 3) W zakresie kosztów pracy brak jest jakiegokolwiek odniesienia do wysokości wynagrodzenia wypłacanego osobom zaangażowanym w realizację zamówienia, obliczeń dot. liczby niezbędnych osób itp. Odwołujący nie poparł twierdzeń żadnymi dowodami.” Zamawiający prawidłowo w ocenie Izby wskazał również, że „Chcąc równo traktować wykonawców zamawiający nie może oceniać wyjaśnień dotyczących ceny oferty różnych wykonawców w różny sposób. Skoro Odwołujący uznał, że wyjaśnienia Sanipor są niewystarczające, to powinien mieć świadomość, że złożone przez niego wyjaśnienia zawierają jeszcze mniej informacji i mogą być ocenione jako mniej wiarygodne, chociażby przez to, że złożone zostały łącznie dla obu sektorów. Trudno przypuszczać by udział procentowy kosztów w obu sektorach był identyczny, skoro różni się ich charakterystyka. Zgodnie z wyrokiem KIO Zamawiający nie może polegać przy ocenie wyjaśnień na własnej wiedzy co do doświadczenia i znajomości sposobu wykonania zamówienia przez wykonawców,

którzy realizują takie zamówienia od lat. Izba wskazała, że Zamawiający nie wie bowiem, gdyż tego może dowiedzieć się z treści złożonych wyjaśnień, czy wykonawca ujął wszystko, co wymagane jest aby przedmiotowe usługi świadczyć. Bez szczegółowych wyjaśnień i kalkulacji zamawiający nie ma wiedzy np. czy wykonawca dysponuje pojazdami, ma wystarczającą liczbę pojemników na odpady, jakie aktualnie warunki proponuje zatrudnionym przez siebie pracownikom. W świetle powyższego argumentacja odwołania jakoby zamawiający na podstawie dotychczasowej współpracy mógł uznać, że cena jest rynkowa jest chybiona. Chybiona jest także argumentacja o niezasadności wezwania do uszczegółowienia wyjaśnień ceny rażąco niskiej złożonych 3 lipca 2023 r. Jeżeli Odwołujący uważał, że czynność wezwania do uszczegółowienia wyjaśnień jest zbędna i narusza jego prawa, to powinien był wnieść na tę czynność odwołanie w odpowiednim terminie.”

Izba ustaliła również, że w Postępowaniu nie zostały zaskarżone czynności ani zaniechania Zamawiającego poza objętymi sprawą o sygnaturze akt KIO 2464/23 dotyczącymi ceny ofertowej Sanipor oraz sprawą niniejszą. W szczególności nie zostało zaskarżone zastrzeżenie przez Remondis tajemnicy przedsiębiorstwa w zakresie pełnej treści składanych przez niego wyjaśnień i dokumentów ani treść czy zakres żądanych wezwaniemi do wyjaśnienia rażąco niskiej ceny zagadnień.

Izba ustaliła też w oparciu o wezwania Odwołującego do wyjaśnień rażąco niskiej ceny oraz udzielonych odpowiedzi, że Odwołujący nie odniósł się i nie wskazał wszystkich wymaganych wezwaniem danych, w tym liczby dedykowanych realizacji zamówienia osób zatrudnianych na danym stanowisku ze wskazaniem wymiaru zatrudnienia w zamówieniu i wysokością wynagrodzenia, ani w przypadku kosztów leasingu pojazdów wskazania liczby pojazdów z ich zaangażowaniem w realizację zamówienia i przypadającymi na te samochody kosztami. Nie wskazał też żądanego przez Zamawiającego wyjaśnienia, w jaki sposób osiągnął kwoty składające się na koszt realizacji zamówienia ani nie poparł ich dowodami. Izba uznała w tym zakresie za wiarygodne wyjaśnienia Zamawiającego, że jednocześnie nie dysponował on wiedzą dotyczącą kosztów realizacji przedmiotu zamówienia przez Odwołującego, w stopniu pozwalającym mu na uznanie zgodnie z Ustawą, że cena ofertowa nie jest ceną rażąco niską.

Skoro Odwołujący nie kwestionował zakresu żądanych wezwaniem do wyjaśnienia rażąco niskiej ceny danych a Zamawiający nie posiadał wiedzy pozwalającej mu na uznanie, że cena nie jest rażąco niska, to Odwołujący liczyć winien się z konsekwencjami ewentualnego zastosowania przez Zamawiającego normy art. 224 ust. 6 Ustawy wobec wątpliwości, co do możliwości wykonania przedmiotu zamówienia zgodnie z warunkami zamówienia lub odrębnymi przepisami, w przypadku niewyjaśnienia okoliczności uzasadniających podaną ofertą ceny i nieprzedstawienia dowodów. Odwołujący udzielając odpowiedzi na wezwanie nie wyjaśnił wszystkich okoliczności, których wyjaśnienia oczekiwał Zamawiający ani nie przedstawił dowodów na poparcie swoich twierdzeń, czego konsekwencją jest oddalenie zarzutów dotyczących rażąco niskiej ceny.

Izba stwierdza także, że Odwołujący nie wykazał, że oferta Remondis zawiera rażąco niską cenę lub jej istotną część składową. Wskazać należy, że z art. 537 Ustawy wynika, że w postępowaniu odwoławczym ciężar dowodu, że oferta nie zawiera rażąco niskiej ceny, spoczywa na wykonawcy, który złożył ofertę lub na zamawiającym, jeżeli wykonawca, który złożył ofertę, nie jest uczestnikiem postępowania odwoławczego. Ustalony w ten sposób ciężar dowodu nie zwalnia jednak Odwołującego, który podnosi okoliczności rażąco niskiej ceny, od obowiązku wykazania i udowodnienia okoliczności, które czyni podstawą zarzutu rażąco niskiej ceny. Przepis art. 537 pkt 1 Pzp nie może być rozumiany w ten sposób, że Odwołujący może poprzestać na samych twierdzeniach i przerzucić na uczestnika postępowania ciężar dowodowy. W niniejszym postępowaniu Odwołujący natomiast nie podniósł jakiegokolwiek argumentu przemawiającego za zasadnością sformułowanego przez niego zarzutu. Odwołujący nie zakwestionował skutecznie żadnego z elementów kosztotwórczych ceny.

Izba stwierdza w tym miejscu, że zgodnie z art. 224 ust. 1 i 2 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. 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.

Celem postępowania o udzielenie zamówienia publicznego jest udzielenie zamówienia wykonawcy, który wykona zamówienie zgodnie z warunkami zamówienia, określonymi przez zamawiającego. Ustawodawca nie zdefiniował terminu „rażąco niskiej ceny”. Rzeczony termin odnosi się do ceny oderwanej od realiów rynkowych. Rażąco niska cena to taka, która jest nierealistyczna, niewiarygodna w kontekście aktualnej sytuacji rynkowej i nie pozwalająca - przy zachowaniu reguł rynkowych - na wykonanie umowy przez wykonawcę, czyniąc je nieopłacalnym.

Wobec celu jakim jest rozstrzygnięcie, czy dana oferta podlega odrzuceniu na podstawie art. 224 ust. 6 Pzp (zgodnie z którym oferta podlega odrzuceniu jeśli wykonawca nie udzielił wyjaśnień w wyznaczonym terminie lub jeżeli złożone wyjaśnienia wraz z dowodami nie uzasadniają podanej w ofercie ceny lub kosztu) zamawiający każdorazowo w odniesieniu do konkretnego przypadku, w oparciu o posiadane materiały, w szczególności wyjaśnienia wykonawcy i załączone przez niego dowody, ocenia charakter ceny w kontekście przedmiotu zamówienia. Podstawą odrzucenia oferty jest zaoferowanie ceny „rażąco niskiej”. Art. 224 ust. 3 Pzp zawiera czynniki, które mogą mieć wpływ na wysokość zaoferowanej przez wykonawcę ceny, należy jednak pamiętać, że jest to katalog otwarty, przy czym dowód powinien być adekwatny do konkretnej sytuacji i stanowić potwierdzenie tego, co wykonawca dowodzi w swoich wyjaśnieniach. Ponadto zgodnie z art. 224 ust. 6 Pzp 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.

Jednocześnie Izba wskazuje, że zgodnie z art. 224 ust.5 Pzp na wykonawcy wezwanym do złożenia wyjaśnień spoczywa ciężar dowodowy wykazania charakteru ceny lub jej elementu jako niebędącej rażąco niskiej w stosunku do zamawiającego. Natomiast norma art. 537 pkt 1 Pzp w związku z art. 506 i n. Ustawy kładzie obowiązek wykazania, że działanie zamawiającego dokonującego oceny wyjaśnień i ofert były niezgodne z prawem na odwołującego. W postępowaniu odwoławczym konieczne jest więc wykazanie, że zamawiający błędnie ocenił wyjaśnienia złożone w wyniku procedury z art. 224 ust. 1 Pzp, czego w niniejszym przypadku zabrakło.

W niniejszej sprawie, w świetle twierdzeń odwołania, brak było podstaw do przyjęcia, że doszło do błędnej oceny ceny ofertowej i udzielonych w odpowiedzi na wezwanie wyjaśnień a odwołanie nie sprostało wymogom ciężaru dowodowego. W odniesieniu do odpowiedzi Odwołującego Izba stwierdza, że nie zawiera ona wyjaśnienia wszystkich kwestii żądanych i jednoznacznie opisanych w niezakwestionowanym odwołaniu wezwaniu do wyjaśnień rażąco niskiej ceny – w tym wskazania konkretnych założeń wraz z przedstawieniem konkretnych obliczeń dla wymienionych przez wykonawcę elementów kosztotwórczych, z których możliwe będzie jednoznaczne wyprowadzenie tych kwot ani dowodów, które pozwoliłyby na ustalenie, w jaki sposób i w oparciu o jakie dane oszacowana została cena ofertowa. Powyższe wskazuje na prawidłowość dokonanej czynności odrzucenia oferty Odwołującego w oparciu o art. 224 ust. 6 Ustawy w zw. z art. Ust. 1 pkt. 8) Pzp. Odwołujący nie wykazał również, by Zamawiający stosował w odniesieniu do wykonawców różne standardy oceny adekwatności wyjaśnień do zakresu wezwań do wyjaśnień rażąco niskiej ceny, co wyklucza uwzględnienie zarzutu naruszenia art. 16 Pzp.

W odniesieniu do ceny i wyjaśnień rażąco niskiej ceny Remondis Izba raz jeszcze podkreśla, że Odwołujący nie wykazał, by realizacja zamówienia nie była możliwa za cenę ofertową. Odwołanie nie odniosło się do wysokości ceny ofertowej – sprowadzało się do nieuzasadnionego w treści odwołania i niewykazanego twierdzenia o niemożności zrealizowania przedmiotu zamówienia za cenę ofertową. Nie wykazało także, że istotna część składowa ceny Remondis wydaje się rażąco niska. Zdaniem Izby, na podstawie okoliczności sprawy i przedstawionych dowodów Odwołujący nie wykazał, że Przystępujący nie jest w stanie wykonać przedmiotu zamówienia za cenę określoną w ofercie Przystępującego. Odwołujący nie wykazał by cena ofertowa nie pozwoliła na wykonanie zamówienia zgodnie z SWZ i nie gwarantowała zysku.

W zakresie zarzutu naruszenia uznk Izba stwierdza, że Odwołujący nie sprecyzował na czym polegać ma skarżone zachowanie Zamawiającego i jaka czynność Remondis przesądzić miałyby o naruszeniu uznk.

W świetle zaś art. 555 ust. 1 w zw. z art. 516 ust. 1 pkt. 8-10 Ustawy „Izba nie może orzekać co do zarzutów, które nie były zawarte w odwołaniu”, zaś „Odwołanie zawiera: (...) 8) zwięzłe przedstawienie zarzutów; 9) żądanie co do sposobu rozstrzygnięcia odwołania; 10) wskazanie okoliczności faktycznych i prawnych uzasadniających wniesienie odwołania oraz dowodów na poparcie przytoczonych okoliczności”. W niniejszej sprawie, odwołanie

nie zawierało uzasadnienia faktycznego, które pozwoliłoby na zrekonstruowanie sprzecznego z Ustawą zachowania Zamawiającego czy zdarzenia, wypełniającego przepisy prawa, których naruszenie zarzucił Odwołujący. Zgodnie z art. 554 ust. 1 Ustawy „Izba uwzględnia odwołanie w całości lub w części, jeżeli stwierdzi: 1) naruszenie przepisów ustawy, które miało wpływ lub może mieć istotny wpływ na wynik postępowania o udzielenie zamówienia, konkursu lub systemu kwalifikowania wykonawców”, co nie zostało wykazane odwołaniem. Powyższe dotyczy wszystkich zarzutów odwołania. Jednocześnie poczynione w sprawie ustalenia przeczą założeniom opisanym w odwołaniu.

Odnosząc się do zarzutu niemożności zrewidowania przez Zamawiającego oceny i wyboru oferty w części VI Postępowania Izba stwierdza celowość i zgodność z prawem samodzielnej próby doprowadzenia postępowania do stanu zgodności z prawem. Wskazuje, że zgodnie z art. 254 Ustawy postępowanie o udzielenie zamówienia kończy się dopiero zawarciem umowy i ta chwila, co do zasady, stanowi cezurę autokorekty niezgodnych z Ustawą czynności i zaniechań Zamawiającego. Izba podkreśla prawidłowość założenia w świetle Ustawy dopuszczalności samoistnego podejmowania przez zamawiającego decyzji o powtórzeniu dokonanych przez niego czynności w toku postępowania o udzielenie zamówienia publicznego, o ile uzna on i znajdzie to potwierdzenie w okolicznościach sprawy, iż dokonane uprzednio czynności są obarczone wadą, co uzasadnia ich unieważnienie. Izba przyjęła, że w przeciwnym wypadku mogłoby dojść do sytuacji, w której pomimo wiedzy zamawiającego o dokonaniu czynności z naruszeniem prawa zamawiający utrzymałby czynności w mocy pomimo ich oczywistej wadliwości. Stanowisko to jest powszechnie przyjęte w orzecznictwie. Zamawiający jest uprawniony do samodzielnego unieważnienia wcześniej podjętej i niezgodnej z Ustawą decyzji, nawet jeśli obowiązek ten nie wynika z wyroku KIO albo sądu powszechnego, a termin na skorzystanie ze środków ochrony prawnej upłynął. Wobec niewykazania przez Odwołującego naruszenia Ustawy żadnym zachowaniem związanym z oceną ofert w Postępowaniu także zarzut unieważnienia dokonanego wyboru oferty i ponownej oceny i odrzucenia ofert w części VI podlega oddaleniu.

Mając na uwadze powyższe, Izba postanowiła jak w sentencji wyroku, orzekając na podstawie art. 552 ust. 1, art. 553, art. 554 ust. 1 pkt. 1) Ustawy.

O kosztach postępowania orzeczono stosownie do wyniku, na podstawie art. 575 i

art. 574 Ustawy oraz w oparciu o przepisy § 8 ust. 2 w zw. z § 5 Rozporządzenia w sprawie szczegółowych rodzajów kosztów postępowania odwoławczego, ich rozliczania oraz wysokości i sposobu pobierania wpisu od odwołania (Dz.U. z 2020 r. poz. 2437).

Mając na uwadze powyższe Izba orzekła jak w sentencji.

Przewodniczący:

Członkowie:

.....