

08 września 2021 r.

**Prezes Krajowej Izby Odwoławczej
ul. Postępu 17A, 02-676 Warszawa**

Odwołujący:

„Ślusarstwo” Produkcja Handel Usługi

Władysław Radzik w spadku

39-218 Straszęcin 9a

Zamawiający:

Gmina Czarna

Ul. Dworcowa 6

39-215 Czarna

ODWOŁANIE

w postępowaniu o udzielenie zamówienia publicznego numer JUE.271.8.2021 na „odbiór i zagospodarowanie odpadów komunalnych pochodzących z nieruchomości zamieszkałych na terenie Gminy Czarna oraz odbiór i zagospodarowanie odpadów komunalnych z punktu selektywnej zbiórki odpadów komunalnych”.

1. Działając w imieniu Własnym, na podstawie art. 513 pkt 1 i 2 w związku z art. 505 ust. 1 ustawy z dnia 11 września 2019 r. – Prawo zamówień publicznych (tekst jednolity Dz. U. z 2021 r. poz. 1129, z późn. zm.) [dalej: „ustawa Pzp”] wnoszę odwołanie na niezgodną z przepisami ustawy czynność zamawiającego, podjętą w postępowaniu o udzielenie zamówienia oraz na zaniechanie czynności w postępowaniu o udzielenie zamówienia, do której zamawiający był obowiązany na podstawie ustawy.

2. Przedmiotem zamówienia jest „odbiór i zagospodarowanie odpadów komunalnych pochodzących z nieruchomości zamieszkałych na terenie Gminy Czarna oraz odbiór i zagospodarowanie odpadów komunalnych z punktu selektywnej zbiórki odpadów komunalnych”.

3. Ogłoszenie o zamówieniu zostało zamieszczone w Dzienniku Urzędowym Unii Europejskiej.

4. Czynności lub zaniechania czynności Zamawiającego, którym Odwołujący zarzuca niezgodność z przepisami ustawy to:

1) zaniechanie czynności odrzucenia oferty Wykonawcy PUH EcoTech Karol Wiśniewski [dalej: EcoTech];

2) zaniechanie czynności dokładnego zbadania oferty EcoTech;

3) zaniechanie czynności uznania wyjaśnień rażąco niskiej ceny, które są niewystarczające.

5. Czynnościom i zaniechaniom czynności przez Zamawiającego Odwołujący stawia następujące zarzuty:

1) zarzut naruszenia art. 16 i 17 ustawy Pzp poprzez naruszenie zasad ustawy Prawo zamówień publicznych;

2) zarzut naruszenia art. 128 ust. 1 ustawy Pzp poprzez zaniechanie czynności wezwania wykonawcy EcoTech do uzupełnienia dowodów określających zgodność ze Specyfikacją Warunków Zamówienia oraz weryfikacji i pełnego złożenia wyjaśnień i dowodów co do rażąco niskiej ceny;

3) zarzut naruszenia art. 226 ust. 1 pkt 7 i 8 ustawy Pzp w związku z art. 63 ust. 1 ustawy Pzp poprzez

zaniechanie czynności odrzucenia oferty wykonawcy EcoTech, podczas gdy oferta tego wykonawcy nie spełnia wymagań określonych przedmiotem zamówienia;

6. Wskazując na powyższe, Odwołujący wnosi o uwzględnienie odwołania oraz:

1) nakazanie Zamawiającemu unieważnienia czynności wyboru oferty najkorzystniejszej;

2) nakazanie Zamawiającemu odrzucenia oferty wykonawcy EcoTech;

3) nakazanie Zamawiającemu wyboru naszej oferty, która spełnia wszystkie wymagania i jest ważna;

4) obciążenie kosztami postępowania Zamawiającego oraz zasądzenie od Zamawiającego na rzecz Odwołującego kwoty 15.000 zł stanowiącej koszty poniesione z tytułu wpisu, a także kwoty wskazanej przez Odwołującego na rozprawie według przedłożonych na niej dokumentów.

UZASADNIENIE

I.

WPROWADZENIE

Zamawiający prowadzi postępowanie numer JUE.271.8.2021 na „odbiór i zagospodarowanie odpadów komunalnych pochodzących z nieruchomości zamieszkałych na terenie Gminy Czarna oraz odbiór i zagospodarowanie odpadów komunalnych z punktu selektywnej zbiórki odpadów komunalnych”. Dnia 31.08.2021r., przesłał zawiadomienie o wyborze najkorzystniejszej oferty, wybierając ofertę Wykonawcy EcoTech, która nie spełnia wymagań określonych w SWZ oraz dokumentach zamówienia, a winna ona być odrzucona.

II.

ZARZYT PIERWSZY

Przepis art. 16 PZP wyraża podstawowe zasady przygotowania i przeprowadzenia postępowania o udzielanie zamówienia. W świetle art. 325 ust. 4 PZP stosuje się go odpowiednio do konkursu. Adresowany jest do zamawiających, jako organizatorów postępowań o udzielenie zamówień oraz konkursów. Nakazuje im przygotowywać i przeprowadzać postępowanie w sposób zapewniający zachowanie uczciwej konkurencji oraz równe traktowanie wykonawców, a także przejrzysty i proporcjonalny. Te cztery normy prawne (zachowanie uczciwej konkurencji, równe traktowanie wykonawców, proporcjonalność, przejrzystość) mają odmienne znaczenie, ale są ze sobą ściśle powiązane i dopiero łącznie tworzą całość oddającą zamierzony cel. Przy tym równe traktowanie wykonawców jest istotnym elementem zachowania zasady uczciwej konkurencji, która z kolei wiąże się z określeniem proporcjonalnych wymagań, a jej instrumentem jest przejrzystość (transparentność) postępowania (por. wyr. KIO z 25.3.2019 r., KIO 415/19, Legalis).

Weryfikacji zgodności działań zamawiającego z zasadami udzielania zamówień publicznych, realizowanymi przez poszczególne przepisy PZP, dokonują „na bieżąco” wykonawcy, wykorzystując dostępne w ustawie narzędzia (w szczególności możliwość zwracania się do zamawiającego o wyjaśnienie treści SWZ lub OPiW oraz korzystania ze środków ochrony prawnej), ale też odpowiednie organy kontroli. Naruszenie tych przepisów skutkuje negatywnymi konsekwencjami

dla zamawiającego. Na gruncie PZP jest to odpowiedzialność finansowa z tytułu naruszenia przepisów PZP (dział XII „Przepisy o karach pieniężnych”), a nawet możliwość unieważnienia umowy w sprawie zamówienia publicznego w okolicznościach wskazanych w art. 457 ust. 1 PZP. Naruszenie zasad udzielania zamówień wiąże się też z odpowiedzialnością osobistą z tytułu naruszenia dyscypliny finansów publicznych, określoną w przepisach DyscypFinPubU. Odpowiedzialność tę ponoszą kierownicy jednostek sektora finansów publicznych oraz ich pracownicy lub osoby, którym powierzono czynności związane z przygotowaniem i przeprowadzeniem postępowania (art. 4 i 17 DyscypFinPubU).

Biorąc pod uwagę szereg przepisów PZP ustanawiających obowiązek respektowania zasady uczciwej konkurencji, należy wywieść, że na etapie przygotowania postępowania oznacza ona przede wszystkim zakaz ograniczenia konkurencji w postępowaniu przez określanie nadmiernych warunków podmiotowych lub wymagań przedmiotowych i tym samym zawężanie kręgu wykonawców ponad potrzebę zapewnienia, że zamówienie będzie wykonywać wykonawca wiarygodny i zdolny do jego należytej realizacji, w sposób odpowiadający potrzebom zamawiającego i przepisom prawa.

Przestrzeganie zasady uczciwej konkurencji, ale też równego traktowania wykonawców wiąże się także z obowiązkiem zapewnienia każdemu z wykonawców równego dostępu do informacji w postępowaniu, określających wymagania zamawiającego, a także późniejszego dokonania badania i oceny wniosków lub ofert zgodnie z regułami przyjętymi w ogłoszeniu o zamówieniu lub w dokumentach zamówienia, bez stosowania jakichkolwiek nieuzasadnionych odstępstw. Naruszenie zasady uczciwej konkurencji i równego traktowania wykonawców wywodzone jest bowiem z podejmowania czynności przez zamawiającego w sposób nieznajdujący uzasadnienia w określonych w dokumentach zamówienia wymaganiach lub przepisach prawa, a w konsekwencji uprzywilejowujący jednego lub określony – z reguły wąski – krąg wykonawców, kosztem defaworyzowania innych.

Zasada równego traktowania wykonawców wymaga, by porównywalne sytuacje nie były traktowane w sposób odmienny, a sytuacje odmienne nie były traktowane w sposób identyczny, chyba że takie traktowanie jest obiektywnie uzasadnione – por. wyr. TSUE (i przytoczone w jego uzasadnieniu orzecznictwo) z 10.10.2013 r. w sprawie C-336/12, Ministeriet for Forskning, Innovation og Videregående Uddannelser v. Manova A/S, EU:C:2013:647. W orzecznictwie Trybunału Sprawiedliwości wskazuje się także, że zasada równego traktowania oraz powiązany z nią obowiązek przejrzystości i niedyskryminacji wymagają jednakowego traktowania przez instytucję zamawiającą oferentów pod względem stawianych im w postępowaniu wymagań (dotyczących warunków podmiotowych oraz odnoszących się do przedmiotu zamówienia), a także stosowania jednakowych zasad na etapie późniejszej weryfikacji ich spełniania. Oznacza to, że zamawiający mają obowiązek

zapewnienia wykonawcom takich samych szans zarówno na etapie formułowania wniosków lub ofert, jak i ich badania oraz oceny (por. wyr. TSUE: z 7.4.2016 r. w sprawie C-324/14, PARTNER Apelski Dariusz v. Zarząd Oczyszczania Miasta, EU:C:2016:214; z 24.5.2016 r. w sprawie C-396/14, MT Højgaard A/S i Züblin A/S v. Banedanmark, EU:C:2016:347; z 16.12.2008 r. w sprawie C-213/07, Michaniki AE v. Ethniko Symvoulío Radiotileorasis i Ypourgos Epikrateias, EU:C:2008:731). Zasada równego traktowania wykonawców oznacza więc jednakowe traktowanie wykonawców na każdym etapie postępowania, bez stosowania ulg i przywilejów, ale także środków dyskryminujących wykonawców ze względu na ich właściwości. Jej przestrzeganie polega na stosowaniu jednej miary do wszystkich wykonawców znajdujących się w tej samej lub podobnej sytuacji, nie zaś na jednakowej ocenie wykonawców lub złożonych przez nich ofert (tak SO w Bydgoszczy w post. z 17.3.2008 r., VIII Ga 22/08, niepubl., cyt. za: wyr. KIO z 15.7.2013 r., KIO 1567/13, Legalis).

Na etapie przygotowania postępowania obowiązek zachowania zasady uczciwej konkurencji wyrażony jest wprost w art. 99 ust. 4 PZP, zakazującym opisywania przedmiotu zamówienia w sposób, który mógłby utrudniać uczciwą konkurencję. Na gruncie tego przepisu zasada uczciwej konkurencji zostanie naruszona, nawet jeśli opis przedmiotu zamówienia mógłby jedynie potencjalnie utrudnić ubieganie się o możliwość wykonania zamówienia wykonawcom zdolnym do zaspokojenia obiektywnie uzasadnionych potrzeb zamawiającego. Naruszenie tej zasady będzie miało miejsce w szczególności przez wskazanie w opisie przedmiotu zamówienia znaków towarowych, patentów lub pochodzenia, źródła lub szczególnego procesu, który charakteryzuje produkty lub usługi dostarczane przez konkretnego wykonawcę, jeżeli mogłoby to doprowadzić do uprzywilejowania lub wyeliminowania niektórych wykonawców lub produktów. Wyjątkiem jest sytuacja, kiedy zamawiający nie może opisać przedmiotu zamówienia w wystarczająco precyzyjny i zrozumiały sposób. W takim wypadku wskazaniu takiemu muszą towarzyszyć wyrazy „lub równoważny”. Zamawiający zobowiązany jest nie tylko dopuścić rozwiązania równoważne, ale też określić obiektywne kryteria, na podstawie których będzie dokonywać oceny równoważności (art. 99 ust. 6 PZP). Prawidłowe realizowanie tych obowiązków pozwala również na zachowanie zasady równego traktowania wykonawców, bez nieuzasadnionego w potrzebach zamawiającego preferowania przedmiotu zamówienia ofertowanego przez poszczególnych lub określonego wykonawcę kosztem pozostałych. Również żądanie określonych przedmiotowych środków dowodowych nie może ograniczać uczciwej konkurencji i równego traktowania wykonawców (art. 106 ust. 3 PZP).

Podobnie celem określonego w art. 99 ust. 1 PZP wymogu jednoznacznego i wyczerpującego opisu przedmiotu zamówienia jest zapewnienie wszystkim wykonawcom, zainteresowanym pozyskaniem zamówienia, możliwości dokonania jednoznacznej interpretacji wymogów za-

mawiającego oraz złożenie porównywalnych ofert, a tym samym zagwarantowanie równego traktowania wykonawców i zachowania uczciwej konkurencji między nimi.

Nakaz zachowania zasady uczciwej konkurencji może być wywodzony również w pośredni sposób z przepisów wyrażających obowiązek określania warunków udziału w postępowaniu w sposób proporcjonalny do przedmiotu zamówienia oraz umożliwiający ocenę zdolności wykonawcy do należytego wykonania zamówienia, rozumianej jako minimalne poziomy tej zdolności (art. 112 ust. 1 PZP). Co prawda określenie warunków udziału w postępowaniu z założenia eliminuje niektórych wykonawców z ubiegania się o udzielenie zamówienia, niemniej jednak zawsze czynność ta powinna znajdować uzasadnienie w przedmiocie zamówienia, a także wyrażać się w stawianiu przez zamawiającego wymagań minimalnych, niezbędnych do oceny koniecznego do zaangażowania potencjału wykonawcy i jego możliwości należytego wykonania zamówienia.

Przestrzeganie zasad uczciwej konkurencji i równego traktowania wykonawców wyraża się także w obowiązku dokonania rzetelnej i zgodnej z przyjętymi w postępowaniu regulami oceny sytuacji podmiotowej wykonawców, a także badania i oceny wniosków lub ofert. Na etapie kwalifikacji podmiotowej wykonawców zasady te nakazują wykluczenie z udziału w postępowaniu wykonawców podlegających wykluczeniu na podstawie obligatoryjnie badanych podstaw wykluczenia, określonych w art. 108 PZP, lub na podstawie fakultatywnych podstaw wykluczenia, określonych w art. 109 PZP, jeżeli zamawiający przewidział ich badanie. W tym zakresie szczególnie należy zwrócić uwagę na obowiązek zweryfikowania, czy wykonawca wspólnie z innymi wykonawcami nie zawarł porozumienia mającego na celu zakłócenie konkurencji w postępowaniu (art. 108 ust. 1 pkt 5 PZP) oraz czy nie doszło do niedającego się usunąć zakłócenia konkurencji wynikającego z wcześniejszego zaangażowania wykonawcy lub podmiotu, który należy z nim do tej samej grupy kapitałowej (art. 108 ust. 1 pkt 6 PZP). Konieczne dla zachowania tej zasady będzie też odrzucenie nieprawidłowych wniosków lub ofert w przypadkach przewidzianych w przepisach (odpowiednio art. 146 ust. 1 i art. 226 ust. 1 PZP). **Na etapie badania i oceny ofert zamawiający, w celu zapewnienia uczciwej konkurencji i równego traktowania wykonawców, zobowiązany jest również do wyjaśnienia treści oferty w zakresie budzącym wątpliwości (art. 223 ust. 1 PZP), poprawienia omyłek, o których mowa w art. 223 ust. 2 PZP, wyjaśnienia rażąco niskiej ceny lub kosztu (art. 224 PZP), a także zweryfikowania, czy występują podstawy do odrzucenia oferty, określone w art. 226 ust. 1 PZP. Jak wskazała KIO (w wyr. z 30.5.2016 r., KIO 826/16, Legalis), przejawem uczciwej konkurencji i równego traktowania wykonawców jest dążenie do utrzymania konkurencyjności postępowania, przez podejmowanie działań zmierzających do usunięcia z ofert lub wniosków niektórych niedokładności czy błędów, które w ocenie ustawodawcy nie mają istotnego znaczenia dla wyboru oferty najkorzystniejszej. Zasada uczciwej konkurencji wyraża się również w obowiązku odrzucenia oferty, która została**

złożona w warunkach czynu nieuczciwej konkurencji w rozumieniu przepisów ZNKU (art. 226 ust. 1 pkt 7 PZP). Istotne jest przy tym, że przepisy ZNKU, określając, jakie działanie stanowi czyn nieuczciwej konkurencji, nie zawierają ich zamkniętego katalogu. Zgodnie bowiem z klauzulą generalną, wyrażoną w art. 3 ZNKU, czynem nieuczciwej konkurencji jest działanie sprzeczne z prawem lub dobrymi obyczajami, jeżeli zagraża lub narusza interes innego przedsiębiorcy lub klienta.

Zasada przejrzystości postępowania oznacza, że wszystkie warunki i zasady postępowania o udzielenie zamówienia powinny być zapisane w ogłoszeniu o zamówieniu lub w dokumentach zamówienia w sposób jasny, precyzyjny i jednoznaczny, który po pierwsze pozwoli wszystkim rozsądnie poinformowanym i wykazującym zwykłą staranność oferentom na zrozumienie ich dokładnego zakresu i dokonanie ich wykładni w taki sam sposób, a po drugie umożliwi zamawiającemu faktyczne sprawdzenie, czy oferty odpowiadają wymaganiom określonym w postępowaniu. Obowiązek zapewnienia przejrzystości postępowania ma na celu zagwarantowanie braku faworyzowania i arbitralnego traktowania wykonawców. Oznacza również zakaz wyciągania negatywnych konsekwencji wobec wykonawcy wskutek niedopełnienia przez niego obowiązku, który nie wynika wyraźnie z dokumentacji przetargowej lub obowiązujących przepisów prawa krajowego, lecz jedynie z wykładni tych przepisów lub dokumentacji, a także z uzupełniania przez krajowe organy lub sądownictwo występujących w tej dokumentacji luk (por. post. TSUE z 13.7.2017 r. w sprawie C-35/17, Saferoad Grawil sp. z o.o. i Saferoad Kabex sp. z o.o. v. Generalnej Dyrekcji Dróg Krajowych i Autostrad Oddział w Poznaniu, EU:C:2017:557; wyr. TSUE: z 2.6.2016 r. w sprawie C-27/15, Pippo Pizzo v. CRGT Srl, EU:C:2016:404; z 7.4.2016 r. w sprawie C-324/14, PARTNER Apelski Dariusz v. Zarząd Oczyszczania Miasta, EU:C:2016:214; z 10.5.2012 r. w sprawie C-368/10, Komisja Europejska v. Królestwo Niderlandów, EU:C:2012:284).

Zasada przejrzystości postępowania wyraża się również w obowiązku zapewnienia wszystkim wykonawcom na równych zasadach informacji dotyczących prowadzonego postępowania o udzielenie zamówienia, w tym dostępu do dokumentów zamówienia i protokołu postępowania wraz z jego załącznikami. Przejawem tej zasady są także nałożone na zamawiającego obowiązki informacyjne, np. udostępnienia wymaganych informacji na stronie prowadzonego postępowania przed i po otwarciu ofert, zawiadomienie wykonawców o wyborze najkorzystniejszej oferty lub unieważnieniu postępowania. Istotne jest przy tym prawidłowe wykonywanie przez zamawiającego obowiązków o charakterze informacyjnym, w sposób spełniający wymagania określone w PZP, a tym samym zapewniający wykonawcom możliwość zweryfikowania dokonanych przez zamawiającego czynności w postępowaniu (por. m.in. wyr. KIO z 20.3.2019 r., KIO 410/19, Legalis, oraz z 11.7.2017 r., KIO 1290/17, Legalis).

Na potwierdzenie naruszenia, w załączeniu SWZ z załącznikami, oferta Wykonawcy EcoTech oraz odpowiedź na nasz wniosek o niezgodność oferty i wezwanie do odrzucenia Wykonawcy EcoTech, poprzez naruszenie wszelkich zasad Pzp, tym bardziej, iż my jako Wykonawca nie otrzymaliśmy uzasadnienia zarówno formalnego jak i prawnego.

III

ZARZUT DRUGI

Dodatkowo należy podkreślić, iż Zamawiający naruszył swoim wyborem zasadność utworzonej ustawą analizy potrzeb i wymagań, z której do końca nie jest uwidoczniony cel, charakter czy też wariantowość. Wybór Wykonawcy niezgodny z dokumentami zamówienia narusza celowość przygotowanej w sposób rzetelny analizy potrzeb i wymagań.

Ustawa Prawo zamówień publicznych z dnia 11 września 2019r, wprowadziła dodatkowy obowiązek dla Zamawiających polegający na dokonaniu analizy potrzeb i wymagań w celu wypełnienia znamion zasady efektywności.

Artykuł 83 ustawy PZP, nakazuje by Zamawiający publiczni, o których mowa w art. 4 , dokonali weryfikacji etapu przygotowawczego w procedurze przetargowej polegającego na zanalizowaniu wymagań i potrzeb w stosunku do zapotrzebowania zamawiającego uwzględniając wartość i rodzaj zamówienia. Ustawodawca transparentnie wskazał w nowych przepisach obligatoryjność jej weryfikacji w postępowaniach o wartości równej lub przekraczającej progi unijne. Nie mniej jednak w dalszym ciągu dopuścił fakultatywnie możliwość jej sporządzenia w postępowaniach o wartości nieprzekraczającej wartości progów unijnych.

W pierwszej kolejności należy wziąć pod uwagę celowość jej sporządzenia. Zwróćmy uwagę na wprowadzoną nową zasadę zamówień publicznych, tj. zasadę efektywności. Zgodnie z art. 17 zamawiający udziela zamówienia w taki sposób, aby zapewnić najlepszą jakość dostaw, usług oraz robót budowlanych, uzasadnioną charakterem zamówienia, w ramach środków, które zamawiający może przeznaczyć na jego realizację, a więc jakie de facto posiada. Następnie realizując zamówienie publiczne powinien uzyskać najlepsze efekty zamówienia, w tym efekty społeczne, środowiskowe oraz gospodarcze, pod warunkiem że są one możliwe do uzyskania w danym zamówieniu, w stosunku do poniesionych nakładów. W mojej ocenie kluczowym powodem wprowadzenia w sposób transparentny do procesu zakupowego powyższych przepisów było nieefektywne i nie przejrzyste

ste zarządzanie procesem zakupowym od etapu przygotowawczego, przez etap proceduralny, dążąc do etapu finalizacji realizacji inwestycji. Wbrew pozorom, to właśnie etap przygotowawczy jest kluczowy w procesie przetargowym. Bardzo dobra znajomość rynku, szacowanie wartości, czy wariantowość przekłada się na sukces zakupowy, na którym zależy każdemu Zamawiającemu .

Nowe przepisy mają na celu odpowiednie kształtowanie wymagań zamawiającego, które mają prowadzić do efektywnego ekonomicznie wydatku publicznego. Zgodnie z art. 44 ust. 3 pkt 1 ustawy z dnia 27 sierpnia 2009 r. o finansach publicznych wydatki publiczne powinny być dokonywane w sposób celowy i oszczędny, z zachowaniem zasad uzyskiwania najlepszych efektów z danych nakładów i optymalnego doboru metod i środków służących osiągnięciu założonych celów. Przepis ten nakazuje dokonywanie wydatków w sposób celowy, oszczędny i we właściwych terminach. Cel tej regulacji jest oczywisty – zapewnienie efektywnego wykorzystania środków publicznych.

Po pierwsze, zgodnie z art. 44 ust. 3 pkt 1 lit a) nakazuje dokonywanie wydatków uzyskiwania najlepszych efektów z danych nakładów. Spełnienie tego warunku wymaga w pierwszej kolejności określenia sposobu mierzenia efektów danego, konkretnego wydatku. Nie wydaje się to działaniem racjonalnym. O ile sens ma określenie sposobu mierzenia efektów działań i wydatków odnoszących się do wykonywania pewnego zadania, to żądanie mierzenia efektów pojedynczego wydatku nie jest racjonalne.

Po drugie – zadanie maksymalizacji efektów przy założonych nakładach nie odpowiada ani logice funkcjonowania instytucji publicznych, ani obowiązującym przepisom. Najlepiej widać to na przykładzie wydatków na zakup towarów lub usług realizowanych zgodnie z przepisami o zamówieniach publicznych. Istota całej regulacji dotyczącej zamówień publicznych sprowadza się do tego, by najpierw precyzyjnie ustalić cechy dobra, które zamierzamy nabyć, a potem poszukiwać wykonawcy, który może dostarczyć to dobro możliwie tanio. Innymi słowy, w procedurach zamówień publicznych chodzi nie o to, by uzyskać najlepsze efekty z danych nakładów, ale o to, by uzyskać wymagane efekty przy możliwie małych nakładach. Pojęcie oszczędności definiowane jest w literaturze jako minimalizacja kosztów prowadzonych działań, przy zachowaniu wymaganej jakości (Glosariusz terminów dotyczących kontroli i audytu w administracji publicznej, Najwyższa Izba Kontroli 2005, str. 42). Przenosząc te zapisy na nowy obowiązek wynikający z art. 83, zwróćmy uwagę, jaką rangę przykładają się właśnie do rozeznania rynku i poznania możliwych wariantów.

Następstwem tego procesu będzie ocena rzeczywistych potrzeb zamawiającego w stosunku do danego zamówienia. Następnie weryfikacja, czy dany zamawiający będzie mógł w jakimś stopniu własnym sumptem zrealizować zamówienie publiczne. Jak podkreśla to Krzysztof Puchacz, w przypadku większości dostaw i usług dany zamawiający nie jest w stanie sam wytworzyć nabywanego sprzętu lub wykonać profesjonalnych usług (np. dany zamawiający nie jest w stanie sam wy-

konać usługi projektowania ze względu na brak osób z odpowiednimi uprawnieniami) lub robót budowlanych (np. dany zamawiający nie jest w stanie sam wykonać roboty ze względu na brak odpowiedniej wiedzy i sprzętu niezbędnych do ich wykonania). Wymóg dokonania analizy zasobów własnych nabiera znaczenia

w przypadku zamawiających posiadających możliwość samodzielnego zrealizowania zamówienia w sytuacji, w której jego realizacja zostaje jednak zlecona na zewnątrz (np. zamawiający posiadający odpowiednią kadrę do zarządzania systemami informatycznymi lub do realizacji kampanii promocyjnej zleca wykonanie tych usług na zewnątrz). W tej sytuacji obowiązkiem zamawiającego będzie dokonanie oceny swoich możliwości kadrowych oraz pisemne uzasadnienie decyzji o zleceniu wykonania ww. usług na zewnątrz.

To co niezbędne, to należy wykazać również dokonanie rozeznania rynku w taki sposób, aby w miarę możliwości zweryfikować je pod kątem wariantowości. Analiza winna skupić się na pokazaniu różnych opcji.

Wariant I, to sytuacja, gdzie zamawiający już posiada dokonaną wcześniej analizę. Sytuacja taka może się wydarzyć, gdy zamawiający starał się o udział na etapie składania wniosków o dofinansowanie realizacji danego zamówienia w ramach projektu unijnego.

Wariant II może mieć miejsce, gdy nasz proces inwestycyjny dotyczy wykonania przez firmę zewnętrzną dokumentacji projektowej stanowiącej opis przedmiotu zamówienia dla postępowania przetargowego na roboty budowlane. Podczas pierwszego etapu, projektant przedstawi zamawiającemu kilka wariantów, tj. kluczowych rozwiązań dla danej inwestycji. Po dokonaniu wyboru jednego z tych wariantów wykonawca usługi projektowania wykonuje projekt docelowy.

Wariant III nakierowany jest na tzw., jednowariantowość, co oznacza, że nie będzie możliwe wykazanie wariantowości w danej procedurze.

Wariant IV w którym zamawiający będzie musiał dokonać analizy różnych wariantów przy realizacji zamówienia. Zamawiający ma tutaj wybór, może to zrobić samodzielnie, albo wykorzysta wstępne konsultacje rynkowe, bądź zdecyduje się zlecić taką analizę podmiotom profesjonalnie wykonującym tego rodzaju zamówienia.

Jak sam Urząd wskazuje, orientacyjna wartość poszczególnych wariantów zamówienia, ale także orientacyjna wartość/koszt zaspokojenia zidentyfikowanej potrzeby za pomocą zasobów własnych lub alternatywnego środka jej zaspokojenia, która pomoże zamawiającemu w dokonaniu wyboru - stanowi co do zasady przybliżoną, potencjalną, spodziewaną wartość nabywanych dostaw, usług lub robót budowlanych.

Wartości orientacyjnej nie można utożsamiać z pojęciem „szacowanej wartości zamówienia” będącej szacunkowym wynagrodzeniem wykonawcy bez podatku od towarów i usług, ustalonym przez zamawiającego z należytą starannością na podstawie art. 28-36 Pzp, a także pojęciem „kwoty na sfinansowanie zamówienia”, o której mowa w art. 222 ust. 4 Pzp.

W przypadku, gdy to właśnie zamawiającemu przypadnie dokonanie analizy potrzeb i wymagań, będzie nakładało na niego szereg kompetencji i zadań. Istotą jest tutaj utworzenie zespołu osób, które dokonają rozeznania rynku poprzez zweryfikowanie:

- 1) orientacyjnej wartości zamówienia dla każdego ze wskazanych wariantów,
- 2) możliwości podziału zamówienia na części;
- 3) przewidywanego trybu udzielenia zamówienia;
- 4) możliwości uwzględnienia aspektów społecznych, środowiskowych lub innowacyjnych zamówienia;
- 5) ryzyka związanego z postępowaniem o udzielenie i realizacją zamówienia.

Jak podkreśla Urząd Zamówień Publicznych, analiza potrzeb i wymagań ma na celu przygotować zamawiającego do jak najlepszej realizacji danego zamówienia, zarówno od strony technicznej, jak i administracyjnej oraz finansowej. Właściwie przeprowadzona analiza potrzeb i wymagań pozwala zamawiającemu podjąć jak najlepszą decyzję typu Make-or-Buy, a więc czy realizować dane zadanie własnymi środkami, czy zlecać je „na zewnątrz”, przeprowadzając postępowanie o udzielenie zamówienia na rynku zamówień publicznych. Przy czym na gruncie przepisu art. 83 Pzp opcją podstawową jest uzasadnienie przez zamawiającego konieczności udzielenia zamówienia publicznego, co wynika z treści „(...) przed wszczęciem postępowania o udzielenie zamówienia (...)”. Analiza potrzeb i wymagań pozwala zamawiającemu, decydującemu się na udzielenie zamówienia publicznego, dostosować zamówienie do struktury rynku właściwego (więcej na ten temat w części zatytułowanej „Ocena zasadności podziału zamówienia na części”), zidentyfikować i przygotować się na ewentualne ryzyka oraz podjąć decyzję co do formy i trybu realizacji zamówienia – wszystko w ramach środków finansowych, którymi zamawiający dysponuje.

W uzasadnieniu nowej ustawy znajdziemy szerokie wyjaśnienie co do oceny ryzyka. Analiza potrzeb i wymagań powinna uwzględniać ryzyka związane z postępowaniem o udzielenie i realizacją zamówienia. Pojęcie „ryzyka” nie jest zdefiniowane normatywnie na gruncie prawa zamówień publicznych. W rozumieniu powszechnym ryzyko oznacza miarę, ocenę zagrożenia czy niebezpieczeństwa wynikającego albo z prawdopodobnych zdarzeń od nas niezależnych, albo z możliwych konsekwencji podjęcia decyzji.

W związku z tym, to właśnie zespół osób, które będą dokonywać analizy, będą zmuszone zmierzyć się ze wskazaniem ryzyk dotyczących danego postępowania. Oznacza to, że kluczowym stanie się przyjęcie ciągu zdarzeń, które hipotetycznie mogą się wydarzyć i zagrażać procesowi zakupowemu.

Dopiero bowiem identyfikacja ryzyk wraz z oceną, na ile prawdopodobne jest zmaterializowanie się danego ryzyka, pozwala na podjęcie uzasadnionej decyzji merytorycznej co do sposobu zaspokojenia potrzeby zamawiającego.

IV

ZARZUT III

I. Niezgodność z SWZ:

1. Punkt 3.3.2.7 podpunkt c dotyczy konieczności zagospodarowania odpadów zgodnie z przepisami prawa. Oferta Wykonawcy EcoTech (załącznik nr 9 do SWZ) wskazuje, iż w punkcie 2a przedstawił dwa podmioty, do których zamierza kierować selektywnie zbierane odpady komunalne tj. - Gminny Zakład Usług Komunalnych Sp. z o.o. z siedzibą w Ostrowie, 39-103 Ostrów 225 (Decyzja Marszałka Województwa Podkarpackiego, znak OS-I.7222.4.2.2021.RD z dnia 09.04.2021r. – w sprawie ujednoczenia tekstu pozwolenia zintegrowanego na prowadzenie Instalacji komunalnych w Kozodrzy, gmina Ostrów - plik zip- link do decyzji <http://www.gzukostrow.pl/index.php/akty-prawne/decyzje>). Nie mniej jednak okazuje się, że nie posiadają oni uprawnień do zbierania odpadów segregowanych przewidzianych w postępowaniu (z wyłączeniem opon 160103, popiołu, odpadów 200199, odpadów budowlanych 170107 i 200399 odpady komunalne niewymienione w innych podgrupach). Drugim podmiotem okazała się ich własna firma, przy czym brakuje wskazania podmiotu dla zagospodarowania kodów 200201, 200301. Dodatkowo Zamawiający w formularzu ofertowym żąda przyporządkowania kodu odpadu do danej instalacji, czy EcoTech nie wykazał. W związku z powyższym wnosimy o informację od Zamawiającego, jakie w tej części wyjaśnienia treści oferty wniósł niniejszy Wykonawca.

Komentarz:

Zamawiający jako gospodarz postępowania o udzielenie zamówienia publicznego musi prowadzić postępowanie zgodnie nie tylko z przepisami Pzp, ale także innych przepisów prawa. Wskazując w formularzu ofertowym obowiązek przyporządkowania kodu odpadu do danej instalacji oczekuje, że będzie miał możliwość kontroli całego procesu gospodarowania odpadami od miejsca wytworzenia do wjazdu na teren instalacji, oraz uzyskanie informacji o uzyskanych frakcjach. Nie mniej jednak brak takiej informacji (na żądanie zamawiającego) czyni tę ofertę niezgodną z dokumentami zamówienia. W tym wypadku zamawiający ma możliwość wezwać wykonawcę do złożenia wyjaśnień, ale nie mniej jednak ciężko jest ocenić czy taki brak informacji nie czyni złożenia oferty niezgodnej z dokumentami zamówienia, co jest jedną z przesłanek do odrzucenia oferty. Należy także mieć na uwadze, że zastosowanie podstawy odrzucenia oferty z art. 226.1.5 (jej treść jest niezgodna z warunkami zamówienia) konieczne jest uchwycenie, na czym konkretnie ta niezgodność pomiędzy ofertą wykonawcy a warunkami zamówienia polega, czyli co i w jaki sposób w ofercie jest niezgodne z konkretnymi wskazaniem, skwantyfikowanymi i jednoznacznie ustalonymi warunkami zamówienia. Orzecznictwo Trybunału Sprawiedliwości uznaje przyjęcie oferty niezgodnej z warunkami zamówienia jako naruszenie zasady równości wykonawców biorących udział w postępowaniu o udzielenie zamówienia publicznego (Wyrok TS z 22.6.1993 r., C-243/89, Komisja Wspólnot Europejskich v. Królestwo Danii, EU:C:1993:257.) Nie mniej jednak niezgodność treści oferty z warunkami zamówienia musi mieć charakter zasadniczy oraz nieusuwalny, ze względu na przewidziany w art. 223.2.3 (inna omyłka) obowiązek zamawiającego polegający na poprawieniu w ofercie innych omyłek polegających na niezgodności oferty z dokumentami zamówienia, niepowodujących istotnych zmian w treści oferty. Niezgodność oferty powinna dotyczyć sfery merytorycznej zobowiązania określonego w dokumentach zamówienia oraz zobowiązania zaoferowanego w ofercie przez wykonawcę bądź może polegać na sporządzeniu i przedstawieniu oferty w sposób niezgodny z wymaganiami dokumentów zamówienia, dotyczących zwłaszcza sposobu wyrażenia, opisanie i potwierdzenia zobowiązania ofertowego, a więc wymaganiami co do treści oferty, a nie wymaganiami co do jej formy.

Nie mniej jednak czynność odrzucenia oferty dotyczy tylko określonych sytuacji, które wystąpiły w trakcie oceny i badania oferty. Ten rodzaj czynności następuje po ustaleniu, że oferta wykonawcy została złożona w terminie. Jedną z czynności badania i oceny oferty jest sprawdzenie, czy oferta odpowiada warunkom przedmiotowym określonym przez zamawiającego.

Warto dokładnie zapoznać się z argumentacją dotyczącą w tym wypadku podstawą do odrzucenia oferty, która została podniesiona w tym punkcie. Jest to przesłanka odrzucenia wynikająca z niezgodności treści oferty z przepisami ustawy (w domyśle ustawy Pzp).

2. W punkcie 3.4.1. należy zauważyć, że Zamawiający przyporządkowuje kody odpadów do rodzaju odpadów odbieranych z Punktu Selektywnej Zbiórki Odpadów Komunalnych, natomiast w formularzu ofertowym już nie zamieszcza tych kodów. Natomiast w tym samym punkcie wskazuje kod odpadu 200199 jako popioły i żużle domowe z palenisk domowych, natomiast w części dotyczącej selektywnego odbierania odpadów przy kodzie 200199 nie zamieszcza takiego opisu.

II. Wyjaśnienia i odpowiedzi na pytania do SWZ

1. Po pierwsze, w odpowiedzi na pytanie 1 - Zamawiający przedstawia ilości odebranych odpadów za rok 2020 z PSZOK i w tab. 2 od mieszkańców. Z tabeli 2 wynika, iż w roku 2020 odebrano od mieszkańców gminy 61,67 Mg odpadów popiołu (kod 200399). Tymczasem w formularzu ofertowym przyjmuje założenie iż w ciągu roku 2022 odebranych zostanie 392 Mg tego rodzaju odpadu (kod odpadu 200199 popioły).

III. Oferta firmy EcoTech

1. Oferta złożona przez Wykonawcę EcoTech w naszej ocenie jest rażąco niska, a wyjaśnienia w żaden sposób nie spełniają wymagań formalnych wynikających z ustawy Pzp. Należy podkreślić, iż ocenienie rażąco niskiej ceny, nie dotyczy jedynie przypadku różnicy min 30% w stosunku do szacowanej wartości czy też różnicy złożonych ofert. Nie mniej jednak oferta EcoTech w porównaniu z pozostałymi ofertami winna budzić obawy po stronie Zamawiającego, gdyż jest rażąco niską ceną istotnych składowych oferty w porównaniu do: pozostałych oferentów, cen rynkowych i oferty firmy tego Wykonawcy złożonej w postępowaniu dotyczącym tego samego przedmiotu zamówienia dotyczącej odbierania odpadów z terenu gminy. Czarna w roku 2021 (złożona we wrześniu 2020 r.).

IV. Wyjaśnienia firmy EcoTech dotyczące:

A. rażąco niskiej ceny składowych oferty:

1. W punkcie 2 wyjaśnień firmy EcoTech z dn.04.08.2021 zauważamy, że: "Zaoferowane przez Wykonawcę stawki wynikały wprost ze skrupulatnie przeprowadzonych wyliczeń, podpartych wieloletnim doświadczeniem....". Nie mniej jednak patrząc na to co wydarzyło się w obecnym roku, oferta z roku 2020 tego Wykonawcy jest podobna, i w żaden sposób nie uwzględnia inflacji, wzrostu wynagrodzeń oraz sytuacji związanej z COVID-19.

2. Punkt 4 wyjaśnień - firma EcoTech wskazuje, że przedstawiony w ofercie poziom ceny wynika z faktu możliwości zbierania większej ilości odpadów i ich przeładunku na terenie swojej bazy. Jak wspomnieliśmy w punkcie I.1. (powyżej) firma EcoTech nie wskazała miejsca wszystkich rodzajów odpadów stanowiących przedmiot zamówienia, natomiast aby dokonać przeładunku odpadu o kodzie 200301 niesegregowane odpady komunalne należy posiadać stację przeładunkową i stosowne decyzje do tego rodzaju działalności. Dodatkowo kod 200301 jest jednym z brakujących kodów odpadów z punktu I.1.c. nie wskazano jakie rodzaje odpadów będą gromadzone lub/i przeładowywane i jak wpłynie to na obniżenie ceny. Dodatkowo w wyjaśnieniach w punkcie 7 pada stwierdzenie, iż przedstawiona oferta oparta jest na kalkulacji wg cen rynkowych co możliwe jest do zweryfikowania poprzez przedstawienie ofert podmiotów nawet wskazanych w ofercie tj. GZUK Sp. z o.o. Ostrów.

B. klasyfikacji kodu odpadów selektywnie zbieranych od mieszkańców – popiołów z palenisk domowych:

Zastanawiamy się na jakiej podstawie można stwierdzić, że popioły z gospodarstw domowych można odbierać pod kodem 200399, co jest nie prawdą. Jeżeli zachodzi sytuacja braku właściwego segregowania odpadów u źródła tj. poprzez mieszkańców powinny one być zakwalifikowane jako odpad o kodzie 200301 - niesegregowane(zmieszane) odpady komunalne. Należy również podkreślić stanowisko Ministerstwa Klimatu i Środowiska oraz Podkarpackiego Urzędu marszałkowskiego w temacie klasyfikacji odpadów popiołów pochodzących z palenisk domowych, z którego można wywnioskować, iż popioły z palenisk domowych winny być odbierane pod kodem 200199 – inne nie wymienione frakcje zbierane w sposób selektywny z dopiskiem EX.POPIOŁY Z PALENISK DOMOWYCH (w załączeniu). Dodatkowo nielogiczne staje się stwierdzenie Wykonawcy, iż : " Chcielibyśmy również podkreślić zagadnienie ilości odpadów(popiołów) podanych w SWIZ gdzie nie jest określone pod jakim kodem wykazane ilości popiołów odebrane z gospodarstw domowych zostały przekazane na instalacje są.". Dodatkowo, w ostatnim zdaniu oferent przewiduje przekazywanie części odpadów popiołów (nie wiadomo jakiej) pod kodem 200399 czyli w cenie 2000,00 pln/Mg w miejsce ceny 5,00 pln/Mg.

Uzasadnienie do powyższego naruszenia stanowi opinii Kancelarii Zamówień Publicznych Justyna Starek .

V

KWESTIE FORMALNE

Odwołujący posiada interes w uzyskaniu zamówienia oraz poniósł szkodę w wyniku naruszenia przez Zamawiającego przepisów nowej ustawy Pzp.

Odwołujący jest zainteresowany uzyskaniem zamówienia i w tym celu złożył ofertę. Jednocześnie jednak zaniechanie podjęcia przez Zamawiającego czynności zarzucanych w niniejszym odwołaniu spowodowało, że Odwołujący utracił szanse na uzyskanie zamówienia.

Zamawiający w ogóle nie przekazał Odwołującemu informacji na jakiej podstawie pozytywnie zweryfikował ofertę Wykonawcy EcoTech.

Termin na wniesienia odwołania upływa więc w dniu 10 września 2021 r. i został zachowany.

Zgodnie z art. 514 ust. 2 nowej ustawy Pzp Odwołujący przekazał Zamawiającemu odwołanie wniesione w formie elektronicznej przed upływem terminu do wniesienia odwołania za pośrednictwem poczty elektronicznej. Dowód przesłania odwołania Zamawiającemu stanowi załącznik do niniejszego odwołania.

Z daleko idącej ostrożności procesowej, wskazuję, że gdyby okazało się, że do postępowania o udzielenie zamówienia publicznego nie znajdą zastosowania przepisy ustawy, a w konsekwencji odwołanie będzie podlegać odrzuceniu na podstawie art. 528 pkt 1 ustawy Pzp, to w takiej sytuacji kosztami postępowania powinien zostać obciążony Zamawiający, jako że jest podmiotem odpowiedzialnym za wynik postępowania odwoławczego. W treści specyfikacji warunków zamówienia Zamawiający wyraźnie wskazał, że podstawą prawną prowadzenia postępowania są przepisy ustawy Pzp oraz aktów wykonawczych do tej ustawy. Zamawiający pouczył również wykonawców o możliwości skorzystania ze środków ochrony prawnej, w tym o możliwości złożenia odwołania do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej. Wskazuję na treść postanowienia Krajowej Izby Odwoławczej z dnia 16 lipca 2019 r. wydanego w sprawie o sygnaturze akt KIO 1223/19: „Przywołane przepisy wyrażają zasadę odpowiedzialności za wynik postępowania odwoławczego, stanowiącą dopełnienie szczegółowych uregulowań zawartych przede wszystkim w przepisach powołanego aktu wykonawczego, dotyczących zasad orzekania o kosztach postępowania odwoławczego. Skład orzekający, w szczególnych okolicznościach przedmiotowej sprawy, uznał, że odpowiedzialnością za wynik postępowania odwoławczego, choć jest on niekorzystny dla Odwołującego (nie doszło bowiem do merytorycznego rozpoznania odwołania, a zatem roszczenia Odwołującego wynikające z postawionych w odwołaniu żądań nie zostały zaspokojone), należało obciążyć Zamawiającego. W pierwszej kolejności zauważyć należy, że stwierdzona przez Izbę podstawa odrzucenia odwołania nie była następstwem wadliwego działania Odwołującego, który, przykładowo, wniósł odwołanie po upły-

wie przewidzianego przepisami ZamPublU terminu, czy zaniechał przesłania kopii odwołania zamawiającemu. Przyczyna odrzucenia odwołania wywołana została zachowaniem Zamawiającego, który wszczął i prowadził Postępowanie w oparciu o przepisy ZamPublU. Zamawiający, podejmując w toku procedury szereg czynności, dla których podstawą były wskazywane przez niego odpowiednie przepisy ZamPublU, utwierdzał wykonawców ubiegających się o udzielenie zamówienia, że Postępowanie prowadzone jest w ustawowym reżimie ze wszystkimi tego konsekwencjami, również w płaszczyźnie możliwości ochrony interesów wykonawcy w drodze środków ochrony prawnej, o których Zamawiający nota bene pouczał zarówno w ogłoszeniu o zamówieniu, jak i w SIWZ. Dopiero w warunkach wszczętego przez Odwołującego postępowania odwoławczego Zamawiający skonstatował, że nie jest zobligowany do stosowania przepisów ZamPublU. W konsekwencji skład orzekający przyjął, że za wynik postępowania odwoławczego nie można poczytywać wyłącznie dosłownego rozstrzygnięcia zapadłego w przedmiotowej sprawie, a opisany powyżej całokształt okoliczności ujawnionych w toku postępowania odwoławczego, które do takiego rozstrzygnięcia doprowadziły”.

Załączniki:

1. Dokumentacja postępowania: SWZ z załącznikami, ogłoszenie
2. Oferta Wykonawcy EcoTech
3. Korespondencja z Zamawiającym
4. Zawiadomienie o wyborze najkorzystniejszej oferty.