Sygn. akt: KIO 51/20

WYROK

z dnia 27 stycznia 2020 r.

Krajowa Izba Odwoławcza - w składzie:

Przewodniczący: Monika Szymanowska

Protokolant: Piotr Kur

po rozpoznaniu na rozprawie w dniu 23 stycznia 2020 r. w Warszawie odwołania wniesionego do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej w dniu 10 stycznia 2020 r. przez wykonawcę Eneris Surowce S.A. w Kielcach w postępowaniu prowadzonym przez zamawiającego Gminę Gostynin przy udziale wykonawcy Zakład Gospodarki Komunalnej i Mechanizacji Rolnictwa Sp. z o.o. w Baruchowie zgłaszającego przystąpienie do postępowania odwoławczego po stronie zamawiającego

orzeka:

1. umarza postępowanie odwoławcze w zakresie częściowego uwzględnienia przez

zamawiającego zarzutu naruszenia art. 89 ust. 1 pkt 2 p.z.p. - co do naruszenia art. 26 ust. 3 p.z.p. i konsekwencji związanych z naruszeniem przedmiotowej normy, tj. czynności związanych z wezwaniem w dniu 20 grudnia 2019 r. wykonawcy Zakład Gospodarki Komunalnej i Mechanizacji Rolnictwa Sp. z o.o. w Baruchowie do uzupełnienia treści jego formularza ofertowego,

2. uwzględnia odwołanie i nakazuje zamawiającemu unieważnienie czynności wyboru oferty najkorzystniejszej, dokonanie powtórzenia czynności badania i oceny ofert, w tym wezwanie wykonawcy Zakład Gospodarki Komunalnej i Mechanizacji

Rolnictwa Sp. z o.o. w Baruchowie do złożenia wyjaśnień w trybie art. 90 ust. 1 p.z.p.,

oddala odwołanie w pozostałym zakresie,

4. kosztami postępowania odwoławczego obciąża zamawiającego Gminę Gostynin i:

4.1. zalicza na poczet kosztów postępowania odwoławczego kwotę 15 000,00 zł (piętnaście tysięcy złotych) uiszczoną przez wykonawcę Eneris Surowce S.A. w Kielcach tytułem wpisu od odwołania,

4.2. zasądza od zamawiającego Gminy Gostynin na rzecz wykonawcy Eneris Surowce S.A. w Kielcach kwotę 18 600,00 zł (osiemnaście tysięcy sześćset złotych) tytułem zwrotu kosztów postępowania odwoławczego w postaci wpisu i wynagrodzenia pełnomocnika.

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

Przewodniczący:

U z a s a d n i e n i e

wyroku z dnia 27 stycznia 2020 r. w sprawie o sygn. akt: KIO 51/20

Zamawiający - Gmina Gostynin, ul. Rynek 26, 09-500 Gostynin, prowadzi postępowanie o udzielenie zamówienia publicznego pn.: „Odebranie i zagospodarowanie odpadów komunalnych od właścicieli nieruchomości zamieszkałych i rekreacyjno-wypoczynkowych zlokalizowanych na terenie Gminy Gostynin”, o ogłoszeniu o zamówieniu publicznym opublikowanym w dniu 4 grudnia 2019 r. w Dzienniku Urzędowym Unii Europejskiej pod numerem 2019/S 234-573966, któremu nadano numer RG.271.1.14.2019, zwane dalej jako „postępowanie”.

Izba ustaliła, że postępowanie na usługę, o wartości powyżej kwoty określonej w przepisach wydanych na podstawie art. 11 ust. 8 ustawy z dnia 29 stycznia 2004 r. Prawo zamówień publicznych (Dz. U. z 2019 r., poz. 1843) zwanej dalej jako „p.z.p.”, jest prowadzone przez zamawiającego w trybie przetargu nieograniczonego.

W dniu 31 grudnia 2019 r. zamawiający poinformował wykonawców uczestniczących w postępowaniu o wyborze oferty najkorzystniejszej, złożonej przez wykonawcę Zakład Gospodarki Komunalnej i Mechanizacji Rolnictwa Sp. z o.o. w Baruchowie. Od tej czynności zamawiającego, w dniu 10 stycznia 2020 r., środek zaskarżenia wniósł wykonawca Eneris Surowce S.A., ul. Zagnańska 232a, 25-563 Kielce, dalej zwany jako „odwołujący”.

W odwołaniu postawiono zamawiającemu następujące zarzuty naruszenia (pisownia oryginalna):

1. art. 89 ust. 1 pkt 2) ustawy PZP poprzez zaniechanie odrzucenia oferty wykonawcy Zakład Gospodarki Komunalnej i Mechanizacji Rolnictwa Sp. z o.o. w Baruchowie,
2. art. 89 ust. 1 pkt 6) ustawy PZP poprzez zaniechanie odrzucenia wykonawcy Zakład Gospodarki Komunalnej i Mechanizacji Rolnictwa Sp. z o.o. w Baruchowie,

ewentualnie

3. art. 90 ust. 1 ustawy PZP poprzez zaniechanie wezwania wykonawcy Zakład Gospodarki Komunalnej i Mechanizacji Rolnictwa Sp. z o.o. w Baruchowie do złożenia wyjaśnień w tym złożenie dowodów, dotyczących wyliczenia ceny,
4. art. 90 ust. 1 ustawy PZP poprzez dokonanie wyboru jako najkorzystniejszej oferty, która nie jest najkorzystniejsza w świetle przyjętych przez zamawiającego kryteriów

oceny ofert.

Wobec powyższego odwołujący wniósł o nakazanie zamawiającemu unieważnienia czynności wyboru oferty najkorzystniejszej, odrzucenie oferty wykonawcy Zakład Gospodarki Komunalnej i Mechanizacji Rolnictwa Sp. z o.o. w Baruchowie, ewentualnie wezwanie wykonawcy do złożenia wyjaśnień elementów oferty mających wpływ na wysokość ceny w zakresie wskazanym w uzasadnieniu odwołania oraz powtórzenie czynności badania i oceny ofert.

W uzasadnieniu wniesionego środka ochrony prawnej odwołujący podniósł co następuje. Przedmiotem zamówienia jest odebranie i zagospodarowanie odpadów komunalnych od właścicieli nieruchomości zamieszkałych i rekreacyjno-wypoczynkowych zlokalizowanych na terenie Gminy Gostynin. Odwołujący wskazał na treść art. 6d ust. 4 pkt 15 ustawy z dnia 13 września 1996 r. o utrzymaniu czystości i porządku w gminach (t.j. Dz.U. z 2019 r. poz. 2010, ze zm.) i podniósł, że w treści oferty Zakładu Gospodarki Komunalnej i Mechanizacji Rolnictwa Sp. z o.o. w Baruchowie (dalej zwanego jako „ZGKiMR") nie wskazano instalacji do których będą przekazywane odpady. Wykaz instalacji wykonawcy ZGKiMR był niepełny i nie objął wszystkich rodzajów odpadów - wykonawca nie wskazał instalacji, a podmioty, które są ich właścicielami lub zarządcami. Przy czym przedmiotowy wykaz stanowi treść oferty i ewentualne wyjaśnienia w tym zakresie można rozważać jedynie w kontekście możliwości zastosowania art. 87 ust. 1 p.z.p. lub art. 87 ust. 2 pkt 3 p.z.p. Natomiast zamawiający, pismem z dnia 20 grudnia 2019 r., działając na podstawie art. 26 ust. 3 p.z.p. wezwał wykonawcę do uzupełnienia m.in.: „2) treści formularza ofertowego stanowiącego załącznik nr 1 do SIWZ w zakresie pkt 3, tj. dokładne adresy instalacji wykazanych oraz nazwy i adres instalacji, do której będą przekazywane odpady (...)", kiedy według odwołującego z utrwalonej linii orzeczniczej Izby wynika, że art. 26 ust. 3 p.z.p. dotyczy wyłącznie dokumentów składanych w celu potwierdzenia spełniania warunków udziału w postępowaniu, braku podstaw wykluczenia oraz dokumentów potwierdzających, że oferowane dostawy lub usługi spełniają wymagania zamawiającego. Przepis ten w żadnym wypadku nie może stanowić podstawy wezwania do uzupełniania treści oferty (tak np. KIO w wyroku z dnia 29.03.2018 r., sygn. akt KIO 506/18).

W związku z powyższym w ocenie odwołującego wezwanie do uzupełnienia oferty stanowiło naruszenie przepisów p.z.p., tym niemniej - z punktu widzenia oceny ofert - istotne jest nie samo wezwanie, ale to w jaki sposób uzupełniono ofertę. Wykonawca ZGKiMR bowiem nie doprecyzował, nie uszczegółowił, czy uzupełnił treści oferty w nieznacznym stopniu, ale zmienił wykaz instalacji, które zostały pierwotnie wskazane w ofercie. Wykonawca, oprócz wskazania instalacji, których wcześniej nie wskazano w ofercie, wykraczając poza treść wezwania zmienił ofertę w części dotyczącej instalacji do których przekazane zostaną odpady zmieszane i segregowane. Co istotne zamawiający nie wezwał wykonawcy do wskazania instalacji w tym zakresie, a jedynie do uzupełnienia adresów, jednak w odpowiedzi na wezwanie ZGKiMR wskazał inne instalacje, co w opinii odwołującego stanowi nieodpuszczalną zmianę oferty. Odwołujący dodał, że w treści uzupełnionego zestawienia instalacji wykonawca ZGKiMR wskazał Przedsiębiorstwo

Gospodarki Komunalnej „Saniko" Sp. z o.o. we Włocławku i Regionalny Zakład Utylizacji Odpadów Komunalnych w Machnaczu, które nie zostały wskazany w pierwotnej treści oferty.

Odwołujący zaważył również, że wykaz instalacji jest elementem treści oferty i nie może być traktowany pomocniczo, czy informacyjnie, co wynika z wyroku Izby z 22.05.2019 r. sygn. akt KIO 809/19. Ponadto w orzeczeniu tym wykluczono możliwość poprawienia treści tabeli w formularzu ofertowym jako omyłki, o której mowa wart. 87 ust. 2 pkt 3 p.z.p. Skoro zatem za niedopuszczalne i stanowiące zmianę treści ofert uznano wykreślenie instalacji, to tym bardziej musi być za taką uznana jej zmiana (zastąpienie jednych instalacji innymi) oraz wskazanie nowych instalacji. Odwołujący podkreślił, że w niektórych orzeczeniach Izba dopuszcza poprawienie omyłki w treści wykazu instalacji, traktując tą sytuację jako wyjątkową, tym niemniej z orzeczeń tych wynika, że poprawienie omyłki jest dopuszczalne w zakresie, w jakim zamawiający porusza się w ramach złożonej już oferty, a poprawienie omyłki nie może prowadzić do zmiany instalacji (por. wyrok z 27.10.2017 r., sygn. akt KIO 2143/17). Również Trybunał Sprawiedliwości UE wyraźnie sprzeciwił się możliwości uzupełnienia dokumentów w postępowaniu, w szczególności jeśli przedstawiają one nowe informacje, niezawarte wcześniej w pierwotnie złożonej ofercie (np. wyrok TSUE z dnia 04.05.2017 r. w sprawie C- 387/14; wyroku z dnia 11.05.2017 r. w sprawie C-131/16).

Mając na uwadze powyższe według odwołującego oferta wykonawcy ZGKiMR podlega odrzuceniu na podstawie art. 89 ust. 1 pkt 2 p.z.p.

W zakresie zarzutu dotyczącego błędu w obliczeniu ceny odwołujący przytoczył zaoferowane przez siebie w postępowaniu ceny jednostkowe oraz ceny jednostkowe wykonawcy ZGKiMR. Następnie zauważano, że w opisie przedmiotu zamówienia

zamawiający wskazał szacunkowe ilości odpadów oraz dane historyczne, które miały obrazować system gospodarowania odpadami na terenie gminy. Na podstawie tych danych przygotowano formularz oferty, z uwzględnieniem treści pkt 6 rozdziału 2 opisu przedmiotu zamówienia, który zacytowano. Odwołujący podkreślił dalej, że zamawiający przyjął kosztorysową formę wynagrodzenia (§12 ust. 1 wzoru umowy), co w ocenie odwołującego powoduje, że każda z cen jednostkowych stanowi w ofercie odrębną cenę za poszczególny element świadczenia, rozliczenie bowiem odbywa się za faktycznie odebrane odpady danego rodzaju. Cena jednostkowa zatem musi obejmować koszt odebrania odpadów od mieszkańca, przetransportowania ich do wskazanej instalacji i zagospodarowania w tej instalacji. Koszty zagospodarowania odpadów są różne w zależności od ich rodzajów i stanowią najważniejszy czynnik, różnicujące stawki jednostkowe. Kolejnym czynnikiem, wpływającym na wysokość ceny jednostkowej, jest odległość miejsca odbioru odpadów od instalacji do jakiej odpady ostatecznie trafią, co powoduje, że nie jest możliwe aby wykonawca rzetelnie kalkulujący koszty odbioru i zagospodarowania odpadów mógł ustalić stawki za odbiór poszczególnych rodzajów odpadów na jednakowym poziomie.

Określenie przez wykonawcę ZGKiMR wszystkich cen jednostkowych na poziomie 1200,00 zł może świadczyć o braku rzetelnego skalkulowania ceny lub zupełnym zignorowaniu zaleceń zamawiającego co do sposobu kalkulacji ceny, poprzez przyjęcie wynagrodzenia ryczałtowego, które zostało następnie sztucznie rozbite na stawki dla poszczególnych rodzajów odpadów, w taki sposób, aby formalnie sprostać oczekiwaniom zamawiającego co do sposobu zaprezentowania ceny. Według odwołującego uśrednianie stawek stoi wprost w sprzeczności z wymaganiami zamawiającego, aby wskazać stawki jednostkowe za poszczególne rodzaje odpadów - a nie uśrednioną stawkę za odbiór odpadów w ogólności. Nie jest bowiem możliwe żeby koszt odbioru, transportu i zagospodarowania każdego z rodzajów odpadów był identyczny - w szczególności w przypadku gdy odpady transportowane są do różnych instalacji, a koszty ich przyjęcia uzależnione są od rodzaju śmieci (instalacje odbioru odpadów tworzą specjalne cenniki, które są oparte o poszczególne kody odpadów). Według odwołującego wykonawca ZGKiMR zamiast wskazać ceny jednostkowe dla poszczególnych rodzajów odpadów i przemnożyć je przez masy, uśrednił stawkę i przemnożył przez nią tonaż śmieci. Natomiast gdyby postąpiono zgodnie z wymaganiami zamawiającego to ceny, jakie wykonawca by uzyskał, byłyby inne. Zatem zdaniem odwołującego wykonawca popełnił błąd w obliczeniu ceny, a jego oferta podlega odrzuceniu.

Ponadto w opinii odwołującego o błędzie w obliczeniu ceny wykonawcy ZGKiMR świadczy również zmiana treści oferty - w postaci zmiany instalacji odbioru odpadów, do których zostaną przekazane śmieci, co może oznaczać, że wykonawca wcale nie brał pod uwagę wszystkich istotnych czynników cenotwórczych, w tym odległości od instalacji - gdyż

mimo zmiany treści ofert, cena pozostała niezmieniona. Zatem wykonawca zlekceważył wymagany przez zamawiającego sposób obliczenia i zaprezentowania ceny, uśredniając stawki, przez co de facto nie wskazał cen jednostkowych za odbiór i zagospodarowanie odpadów, a więc jego oferta podlega odrzuceniu na podstawie art. 89 ust. 1 pkt 6 p.z.p.

W przedmiocie zarzutu naruszenia art. 90 ust. 1 p.z.p. odwołujący podniósł, że w przypadku uznania przez Izbę, że błąd wykonawcy nie powinien zostać zakwalifikowany jako błąd w obliczeniu ceny, odwołujący wskazuje, że zamawiający zaniechał wezwania wykonawcy do złożenia wyjaśnień co do kalkulacji elementów oferty mających wpływ na wysokość ceny. Przyjęta przez zamawiającego forma rozliczenia powoduje, że wynagrodzenie ma charakter kosztorysowy, zatem jako ceny należy traktować poszczególne stawki jednostkowe za odbiór i zagospodarowanie odpadów. W tym przypadku każda ze wskazanych cen powinna zostać uznana za istotną, gdyż została przez zamawiającego wyodrębniona. W niektórych postępowaniach o tożsamym przedmiocie zamawiający nie wymagają tak szczegółowej kalkulacji, tj. nie żądają wskazania cen jednostkowych dla poszczególnych rodzajów odpadów, ale np. dwie stawki dla odpadów zmieszanych i segregowanych lub nawet jedną stawkę dla wszystkich odpadów. Jednak w tym przetargu zamawiający wymagał wskazania określonych stawek dla danych grup odpadów, co oznacza, że uznał je za istotne. Odwołujący dodał, że co do zasady ocenia się całościową cenę oferty, jednakże ceny jednostkowe mogą być badane w zakresie rażąco niskiej ceny - w sytuacji kiedy mogą zaważyć na należytym wykonaniu przyszłej umowy. Regulację dotyczące rażąco niskiej ceny mają na celu zabezpieczenie zamawiającego przed koniecznością zawierania umowy z wykonawcą oferującym cenę na tyle niską, iż wątpliwym wydaje się, że wykonawca ten wykonana umowę, albo czy wykona ją należycie. Nie jest przy tym wykluczona możliwość popełniania przez wykonawcę czynu nieuczciwej konkurencji w zakresie cen składowych i ich wzajemnej relacji.

W ocenie odwołującego z powodu rozbieżności w cenach jednostkowych oferowanych przez wykonawców, którzy złożyli oferty w przetargu oraz mając na uwadze fakt, że jeden z nich zaoferował identyczne ceny dla wszystkich rodzajów odpadów, zamawiający powinien zastosować art. 90 ust. 1 p.z.p. i wezwać wykonawcę ZGKiMR do

złożenia wyjaśnień - przynajmniej w takim zakresie, w jakim różnice w stawkach są bardzo znaczące. W szczególności, że wskazane przez zamawiającego szacunkowe ilości odpadów nie są limitami i w przypadku kiedy wystąpi konieczność odebrania większej ilości odpadów danego rodzaju, przy niedoszacowanej cenie jednostkowej, wykonawca może mieć problem z prawidłową realizacją przedmiotu zamówienia.

Odwołujący dodał, że cena zaoferowana przez wykonawcę ZGKiMR jest ceną rażąco niską jednak z uwagi, że przed zastosowaniem art. 89 ust. 1 pkt 4 p.z.p. konieczne jest zastosowanie procedury wyjaśnień, zarzut odrzucenia oferty byłby przedwczesny. Na tym etapie wystąpiło zaniechanie wezwania do złożenia wyjaśnień na podstawie art. 90 ust. 1 p.z.p. Zarzut ten podniesiono jako zarzut ewentualny, ponieważ w przypadku uznania, że oferta wykonawcy podlega odrzuceniu na podstawie art. 89 ust. 1 pkt 2 p.z.p. lub art. 89 ust. 1 pkt 6 p.z.p. zastosowanie art. 90 ust. 1 p.z.p. będzie nieuzasadnione.

Działając w imieniu i na rzecz zamawiającego odpowiedź na odwołanie w formie

pisemnej wniósł przedstawiciel ustawowy strony wskazując, iż zamawiający częściowo uwzględnia zarzut naruszenia art. 89 ust. 1 pkt 2 p.z.p. - wyłącznie w zakresie naruszenia

art. 26 ust. 3 p.z.p. i konsekwencji związanych z naruszeniem przedmiotowego przepisu, tj. wszelkich czynności związanych z bezpodstawnym wezwaniem do uzupełnienia w zakresie formularza oferty, zaś w pozostałym zakresie wniesiono o oddalenie odwołania.

Zamawiający wskazał, że bezpodstawnie skierował do wykonawcy ZGKiMR wezwanie do uzupełnienia na podstawie art. 26 ust. 3 p.z.p., w odpowiedzi na które złożono dokument, który nie powinien być poddany ocenie - w zakresie dotyczącym treści formularza ofertowego co do nazw i adresów instalacji do których będą przekazywane odpady, a tym samym należy unieważnić badanie i ocenę ofert w tym przedmiocie. Zamawiający dodał, że żaden wykonawca nie może ponosić negatywnych konsekwencji wskutek nieprawidłowych działań jednostki zamawiającej i złożenie nowego wykazu powinno zostać unieważnione, jak również nie może być uznane za zmianę oferty. Jednocześnie zamawiający nie może uwzględnić w całości zarzutu art. 89 ust. 1 pkt 2 p.z.p., ponieważ treść formularza oferty wykonawcy należy poprawić na kanwie art. 87 ust. 2 pkt 3 p.z.p., w sposób wskazany w odpowiedzi na odwołanie.

Natomiast w zakresie pozostałych zarzutów, dotyczących błędu w obliczeniu ceny oraz rażąco niskiej ceny w ofercie wybranego wykonawcy, zamawiający wskazał jak niżej.

W ocenie zamawiającego rozpatrując zarzuty nie można pominąć wartości szacunkowej ceny brutto za realizację przedmiotu zamówienia, ponieważ to ta wartość stanowi kryterium oceny ofert zgodnie z rozdziałem 16 SIWZ. Zatem to właśnie tą cenę należy rozpatrywać w kategoriach ewentualnego błędu wykonawcy. Jak słusznie wskazano w wyroku Izby z dnia 27.06.2019 r. w sprawie KIO 1050/19 warunkiem koniecznym ustalenia ziszczenia się podstawy odrzucenia oferty jest stwierdzenie, że doszło do popełnienia przez wykonawcę tego rodzaju błędu, który skutkuje tym, iż cena podana w ofercie jest ceną nieprawidłową. Wymaga to zatem stwierdzenia, iż odmienność sposobu obliczenia ceny przez wykonawcę skutkowałaby tym, iż cena oferty byłaby inna, gdyby wykonawca ściśle zastosował się do sposobu obliczenia ceny wskazanego w SIWZ. W opinii zamawiającego sytuacja taka nie ma miejsca w niniejszej sprawie, wykonawca ZGKiMR nie popełnił żadnego błędu w sposobie wyliczenia swojej ceny, która jest efektem iloczynu ceny jednostkowej za 1 Mg odpadów komunalnych i szacowanej ilości tych odpadów, tak jak to przewidziano w SIWZ i we wzorze oferty. Żaden inny sposób obliczenia ceny nie mógł tu zostać zastosowany i w istocie nie został zastosowany przez wykonawcę ZGKiMR, zaś wymagane działanie arytmetyczne wykonano prawidłowo. Nie można więc uznać, że w tym zakresie wystąpiły nieprawidłowości, tym bardziej, że zamawiający od początku wskazywał, że w kryterium, którym zamawiający będzie kierował się przy wyborze oferty, oceniana będzie najniższa szacunkowa całkowita cena brutto za realizację przedmiotu zamówienia - a nie poszczególne ceny jednostkowe za dane frakcje odpadów.

Dalej zamawiający wskazał, że odwołujący w żaden sposób nie udowodnił, że ceny z oferty wykonawcy ZGKiMR nie zawierają wszystkich elementów wymaganych w SIWZ. W istocie rozważenia wymaga przede wszystkim podniesiony przez odwołującego zarzut rażąco niskiej ceny, którą rzekomo mają być zaoferowane przez wykonawcę ceny jednostkowe za 1 Mg odpadów poszczególnych frakcji. Zdaniem zamawiającego także w tym zakresie nie popełniono żadnych uchybień, bowiem nie doszło do spełnienia przesłanek określonych w art. 90 ust. 1 p.z.p. Całkowita szacunkowa cena brutto za realizację przedmiotu zamówienia zaoferowana przez wykonawcę nie wydaje się aby była i nie jest rażąco niska w stosunku do przedmiotu zamówienia - wręcz przeciwnie, cena z oferty to 2.625.841,15 zł brutto, zaś wartość przedmiotu zamówienia to 2.242.050,20 zł brutto. Co więcej, cena wykonawcy ZGKiMR przekracza wysokość środków zabezpieczonych na ten

cel w budżecie przez zamawiającego (jak wskazano przed otwarciem ofert, zamawiający zabezpieczył kwotę 2.404.576,25 zł brutto). Oferta wykonawcy nie jest też niższa o 30% od średniej arytmetycznej cen wszystkich złożonych ofert. Zamawiający nie ma też żadnych wątpliwości co do możliwości wykonania przedmiotu zamówienia zgodnie z wymaganiami dokumentacji postępowania, bowiem w sposób prawidłowy wykazano zdolność techniczną i kwalifikacje zawodowe do wykonania zamówienia, a wiarygodność złożonych dokumentów i oświadczeń nie budzi wątpliwości zamawiającego. Jak również wykonawca ten jest spółką od lat funkcjonującą na rynku i jej działania w zakresie wyceny nie budzą wątpliwości.

Zamawiający podniósł również, że zarzut rażąco niskiej ceny dotyczy w istocie jedynie ceny jednostkowej za dwie konkretne frakcje odpadów, tj.: przeterminowane leki, chemikalia oraz odpady niebezpieczne stanowiące odpady komunalne, oraz odpady niekwalifikujące się do odpadów medycznych powstałych w gospodarstwie domowym w wyniku przyjmowania produktów leczniczych w formie iniekcji i prowadzenia monitoringu poziomu substancji we krwi, kiedy szacowana ilość odpadów tych frakcji do odebrania i zagospodarowania w stosunku do ogólnej, szacowanej ilości odpadów jest znikoma. Przeterminowane leki to 0,022% szacowanej łącznej ilości odpadów, zaś odpady niekwalifikujące się do odpadów medycznych to 0,014% szacowanej łącznej ilości odpadów. Natomiast jak wskazano w wyroku Izby z dnia 17.09.2017 r. w sprawie KIO 1805/17 w zakresie istotnych części zamówienia ważne jest aby te części miały znaczenie dla całości wyceny przedmiotu zamówienia. Zdaniem zamawiającego przy tak znikomym udziale wskazanych frakcji odpadów w całości przedmiotu zamówienia uznać można, że te części nie mają istotnego znaczenia dla wyceny. Nie samo wyodrębnienie części zamówienia ma tu znaczenie, a jego wpływ na wycenę całości zamówienia. W ocenie zamawiającego wskazane dwie frakcje odpadów nie mogą więc zaważyć na wykonaniu całego zamówienia. Nawet jeśli szacowane ilości tych odpadów w rzeczywistości ulegną zwiększeniu to kierując się zasadami doświadczenia życiowego stwierdzić można, że na pewno nie ulegną zwiększeniu w sposób istotny dla realizacji umowy. Zamówienie dotyczy odpadów komunalnych, powstałych na nieruchomościach zamieszkałych (tj. bez odpadów z działalności gospodarczej), a wykonanie zamówienia obejmuje okres jednego roku, szacunki w tym zakresie mają więc uzasadnione podstawy i według zamawiającego nie występują tu wątpliwości co do możliwości wykonania zamówienia zgodnie z wymaganiami określonymi przez zamawiającego.

Zamawiający wskazał także, iż kwestionuje istnienie interesu odwołującego w uzyskaniu zamówienia, gdyż nie jest możliwe zwiększenie środków na sfinansowanie zamówienia do kwoty jego oferty, co poparto oświadczeniem zastępcy skarbnika gminy.

Wobec spełnienia przesłanek art. 185 ust. 2 i 3 p.z.p. Izba dopuściła do udziału

w postępowaniu odwoławczym wykonawcę Zakład Gospodarki Komunalnej i Mechanizacji Rolnictwa Sp. z o.o., Baruchowo 54, 87-821 Baruchowo (dalej zwanego jako „przystępujący”), zgłaszającego przystąpienie po stronie zamawiającego.

Krajowa Izba Odwoławcza - po przeprowadzeniu rozprawy w przedmiotowej sprawie, po zapoznaniu się ze stanowiskami przedstawionymi w odwołaniu i odpowiedzi na odwołanie, konfrontując je z zebranym w sprawie materiałem procesowym, w tym z dokumentacją postępowania o udzielenie zamówienia publicznego, przedstawioną w postaci elektronicznej przez zamawiającego, w szczególności z postanowieniami ogłoszenia o zamówieniu, SIWZ, złożonymi ofertami i korespondencją prowadzoną pomiędzy zamawiającym a przystępującym oraz po wysłuchaniu oświadczeń i stanowisk stron złożonych ustnie do protokołu w toku rozprawy, gdzie odwołujący i zamawiający podtrzymali stanowiska złożone pisemnie, zaś przystępujący poparł stanowisko zamawiającego - ustaliła i zważyła, co następuje:

Skład rozpoznający spór ustalił, iż odwołanie mieści się w zakresie przedmiotowym ustawy p.z.p., zostało wniesione przez podmiot uprawniony, a także dotyczy materii określonej w art. 180 ust. 1 p.z.p., zatem podlega kognicji Krajowej Izby Odwoławczej. Izba ustaliła dalej, że odwołanie podlega rozpoznaniu zgodnie z art. 187 ust. 1 p.z.p. i nie została wypełniona żadna z przesłanek o których mowa w art. 189 ust. 2 p.z.p., których stwierdzenie skutkowałoby odrzuceniem odwołania i odstąpieniem od badania meritum sprawy.

Przystępując do rozpoznania odwołania Izba zobowiązana była do oceny wypełnienia przesłanek materialnoprawnych, wskazanych w art. 179 ust. 1 p.z.p., które warunkują możliwość skorzystania przez odwołującego ze środków ochrony prawnej.

Odwołujący wskazał, że złożył ofertę niepodlegającą odrzuceniu, która została

oceniona w kryteriach oceny ofert na drugiej pozycji rankingu ofert. Zamawiający za najkorzystniejszą ofertę uznał ofertę złożoną przez przystępującego, która winna podlegać odrzuceniu. Zatem gdyby nie sprzeczne z przepisami ustawy p.z.p. zaniechanie czynność odrzucenia oferty przystępującego to oferta odwołującego zostałaby uznana za najkorzystniejszą, zamawiający pozbawił więc odwołującego możliwości uzyskania zamówienia, co powoduje, że może on ponieść szkodę. Natomiast zamawiający podniósł, iż odwołujący nie posiada interesu w uzyskaniu zamówienia, ponieważ nie jest możliwe podniesienie środków na sfinansowanie umowy o kolejne 500 000,00 zł, w szczególności, że finansowanie zamówienia jest związane z wysokością opłat nakładanych na mieszkańców

gminy. Zamawiający na potwierdzenie swojej argumentacji złożył oświadczeniem skarbnika gminy.

W ocenie składu orzekającego odwołujący posiada interes we wniesieniu odwołania oraz może ponieść szkodę wskutek naruszenia przez zamawiającego przepisów ustawy, nawet jeśli następstwem uwzględnienia wniesionego odwołania byłoby unieważnienie postępowania. Należy zwrócić uwagę, że spełnienie przez wnoszącego odwołanie przesłanki

materialnej, zawartej w art. 179 ust. 1 p.z.p., należy badać na moment wniesienia odwołania,

zatem dalsze hipotetyczne czynności zamawiającego - nawet prowadzące do unieważnienia postępowania, w przypadku ustalenia, że cena najkorzystniejszej oferty przewyższa kwotę, którą zamawiający zamierza przeznaczyć na sfinansowanie zamówienia, a której to kwoty zamawiający nie może zwiększyć - nie pozbawiają wykonawcy prawa do skorzystania ze

środków ochrony prawnej. Czynnością kwestionowaną w odwołaniu jest wybór najkorzystniejszej oferty z tego powodu, iż powinna być ona zdaniem odwołującego

odrzucona przez zamawiającego. Zatem w ocenie Izby stanowisko zamawiającego, co do możliwego dalszego przebiegu postępowania, nie może pozbawić wykonawcy prawa do skorzystania z procedury odwoławczej. Oddalenie odwołania nastąpiłoby nie z powodów oceny kwestionowanej czynności zamawiającego, ale ze względu na ewentualne unieważnienie postępowania na podstawie art. 93 ust. 1 pkt 4 p.z.p., którego w przyszłości może dokonać zamawiający - a którego skuteczność również może być przez wykonawców zaskarżona. Takie stanowisko nie znajduje potwierdzenia w przepisach p.z.p., a tym bardziej nie może stanowić bariery do merytorycznego rozstrzygnięcia odwołania przez Izbę. W istocie, przyjęcie przedstawionej w tym zakresie argumentacji zamawiającego spowodowałby, iż dostęp do wnoszenia środków ochrony prawnej okazałby się fikcyjny.

Należy również dodać, iż wykładnia przesłanek koniecznych do posiadania legitymacji materialnoprawnej do wniesienia odwołania, dokonana przez zamawiającego, jest sprzeczna ze stanowiskiem TSUE, wyrażonym w orzeczeniu z 05.04.2016 r., wydanym w sprawie C-689/13 oraz w orzeczeniu z 04.07.2013 r., wydanym w sprawie C-100/12, gdzie wskazano na konieczność szerokiej interpretacji interesu w uzyskaniu zamówienia - nawet w sytuacji, gdy skutkiem uwzględnienia środka zaskarżenia miałoby być unieważnienie postępowania - co skład rozpoznający odwołanie podziela. Należy przy tym podkreślić, że dokonując wykładni przepisów ustawy Prawa zamówień publicznych należy mieć na uwadze obowiązek prounijnej wykładni prawa krajowego, wynikający z art. 288 Traktatu o Funkcjonowaniu Unii Europejskiej, który polega na dokonywaniu przez organy krajowe takiej interpretacji przepisów prawa krajowego, która zapewnia osiągnięcie celu wynikającego z norm prawa unijnego.

W związku z powyższym Izba stwierdziła, że odwołujący wykazał, a zamawiający nie zakwestionował w sposób skuteczny interesu odwołującego w uzyskaniu zamówienia, przejawiającego się możliwością poniesienia przez odwołującego szkody w wyniku naruszenia przez zamawiającego przepisów p.z.p.

Dalej Izba wskazuje, że zarzut oznaczony nr 1 w petitum odwołania, dotyczący naruszenia przez zamawiającego art. 89 ust. 1 pkt 2 p.z.p., poprzez zaniechanie odrzucenia oferty przystępującego, której treść nie odpowiada treści SIWZ, został przez zamawiającego uwzględniony „w zakresie naruszenia art. 26 ust. 3 p.z.p. i konsekwencji związanych z naruszeniem przedmiotowego przepisu, tj. wszelkich czynności związanych z bezpodstawnym wezwaniem do uzupełnienia, w zakresie formularza oferty", zaś przystępujący nie skorzystał z prawa do wniesienia sprzeciwu w tym przedmiocie, co powoduje, że przestał pomiędzy stronami istnieć spór. Zatem orzekanie w uwzględnionym przez zamawiającego zakresie stało się bezprzedmiotowe, Krajowa Izba Odwoławcza umorzyła postępowanie odwoławcze w tym przedmiocie, co znalazło odzwierciedlenie w punkcie 1 sentencji wyroku.

Skład orzekający wskazuje dalej, iż zarzut naruszenia art. 89 ust. 1 pkt 2 p.z.p. oparto w odwołaniu na wadliwej czynności zamawiającego, w postaci wezwania z dnia 20.12.2019

r., w trybie art. 26 ust. 3 p.z.p., co w ocenie odwołującego stanowiło naruszenie przepisów ustawy i powoduje nieuprawnione uzupełnienie treści oferty przystępującego, co w konsekwencji powinno stanowić podstawę do jej odrzucenia. Zamawiający, w wyniku częściowego uwzględnienia odwołania, zgodził się z odwołującym, że czynność wezwania przystępującego do uzupełnienia oferty była czynnością wadliwą i należy ją unieważnić.

Unieważnienie czynności wezwania powoduje, że wyjaśnienia, które wykonawca złożył w odpowiedzi na wezwanie, nie stanowią podstawy do badania i oceny jego oferty. Sam przystępujący również ich nie podtrzymał, ponieważ nie zdecydował się na wniesienie sprzeciwu w tym zakresie. Wyeliminowanie z postępowania czynności wezwania powoduje unieważnienie jego skutku, w postaci odpowiedzi wykonawcy, która jest z wezwaniem nierozerwalnie związana. Zatem zarzut naruszenia art. 89 ust. 1 pkt 2 p.z.p., zaniechania odrzucenia oferty przystępującego z powodu nieuprawnionego uzupełnienia treści oferty, w nieuwzględnionym przez zamawiającego zakresie, został przez Izbę oddalony, bowiem odpowiedź na unieważnione wezwanie nie może być podstawą do oceny oferty przystępującego - a tym samym nie stanowi jej treści, która rzekomo była niezgodna z treścią SIWZ. Ponadto, przyjęcie odmiennego stanowiska i odrzucenie oferty przystępującego - z powodu odpowiedzi na unieważnione wezwanie do jej uzupełnienia - powodowałoby nieuprawnione na gruncie p.z.p. obciążenie wykonawcy wadliwą czynnością zamawiającego, a także naruszałoby naczelne zasady zamówień publicznych. Negatywne konsekwencje swojego działania powinna ponosić ta strona, która się tego działania dopuściła, jak też nie można pominąć, że w rozpoznawanym sporze, w wyniku częściowego uwzględnienia odwołania, wadliwa czynność zostanie wyeliminowana z postępowania. Nie można również tracić ze wzroku, że przed odrzuceniem oferty na podstawie art. 89 ust. 1 pkt 2 p.z.p. ustawodawca nałożył na jednostki zamawiające obowiązki wskazane w art. 87 p.z.p., zatem należy zaaprobować stanowisko zamawiającego, że na obecnym etapie uwzględnienie żądania odwołania i odrzucenie oferty przystępującego bez weryfikacji zastosowania tej normy byłoby sprzeczne z ustawą p.z.p.

Należy także krótko odnieść się do stanowiska odwołującego, który na rozprawie podnosił, iż podtrzymuje odwołanie w całości, wbrew stanowisku procesowemu zamawiającego. Po pierwsze, w zakresie w jakim uwzględniono odwołanie - niezależnie od wniosków odwołującego - postępowanie odwoławcze ex lege ulega umorzeniu i wyłącznie wniesienie sprzeciwu przez przystępującego wobec uwzględnienia spowoduje, że dojdzie w tym przedmiocie do rozpoznania merytorycznego, a nie formalnego i z taką sytuacją nie mamy tu do czynienia. Po wtóre, nie jest niczym niespotykanym w postępowaniu odwoławczym, że zamawiający dopiero po wydaniu orzeczenia przez Izbę dokona czynności co do której postępowanie uległo umorzeniu, czyli w tym przypadku unieważni czynności wezwania z dnia 20.12.2019 r. w zakresie uzupełnienia w trybie art. 26 ust. 3 p.z.p. (pkt 2 wezwania), a także ponownie oceni i zbada ofertę przystępującego, w tym - jak zapowiedziano - zastosuje tryb wskazany w art. 87 p.z.p., co będzie nową czynnością zamawiającego, od której wykonawcom służy nowy środek zaskarżenia. Zamawiający zachował się poprawnie, ponieważ dokonywanie jakichkolwiek czynności w postępowaniu, które są powiązane z oświadczeniem procesowym w przedmiocie uwzględnienia odwołania, byłoby nieuzasadnione przed zajęciem stanowiska przez przystępującego w zakresie skorzystania z prawa do wniesienia sprzeciwu. Wstrzymanie się do momentu wydania rozstrzygnięcia przez Izbę i na tej podstawie wykonanie czynności w postępowaniu o udzielenie zamówienia publicznego, nie tylko nie budzi żadnych wątpliwości co do prawidłowości, a wprost przeciwnie - brak wstrzymania się przez zamawiającego z podejmowaniem czynności w przetargu, przed zajęciem stanowiska przez wykonawcę przystępującego, zasługiwałoby na krytykę.

Krajowa Izba Odwoławcza uwzględniła zarzut naruszenia przez zamawiającego art. 90 ust. 1 p.z.p., poprzez zaniechanie wezwania przystępującego do złożenia wyjaśnień, w tym dowodów, dotyczących sposobu wyliczenia ceny.

U podstaw uwzględnienia zarzutu i nakazania zamawiającemu wezwania przystępującego do złożenia wyjaśnień sposobu kalkulacji ceny oferty legło wykazanie przez odwołującego, że stan rzeczy ustalony w postępowaniu wypełnia hipotezę art. 90 ust. 1 p.z.p., tj. w ocenie Izby zamawiający winien wdrożyć procedurę weryfikacji prawidłowości sposobu kalkulacji ceny oferty przystępującego, zgodnie z przedmiotową normą, gdyż istotne części składowe ceny w postaci stawek za odbiór i zagospodarowanie poszczególnych rodzajów odpadów, a w konsekwencji łączna cena oferty (w postaci iloczynu tychże stawek i szacowanej ilości odpadów), budzą wątpliwości co do możliwości wykonania przedmiotu zamówienia zgodnie z wymaganiami określonymi przez zamawiającego, a także wydają się rażąco niskie w stosunku do przedmiotu zamówienia, w szczególności w zakresie stawki za utylizację przeterminowanych leków, chemikaliów i odpadów niebezpiecznych oraz stawki za utylizację odpadów niekwalifikujących się do odpadów medycznych.

W ramach uwag natury ogólnej skład orzekający zauważa, iż ustawa p.z.p. i wiążące ustawodawstwo Unii Europejskiej nie zawierają definicji legalnej rażąco niskiej ceny, czy

procentowego poziomu, na podstawie którego można byłoby automatycznie stwierdzić, kiedy mamy do czynienia z zaoferowaniem ceny rażąco niskiej. Zatem w każdym przypadku przeprowadzania procedury udzielenia zamówienia publicznego, jeżeli jest ku temu podstawa, kwestię tę należy badać ad casum. Weryfikacja czy cena wykonawcy została skalkulowana rzetelnie, czy posiada charakter ekwiwalentny, powinna nastąpić poprzez pryzmat warunków przedmiotu zamówienia, sposobu jego realizacji, wartości zamówienia oraz uwarunkowań danego rynku, z uwzględnieniem cen konkurencji. Innymi słowy, ustalenie czy cena ma charakter ceny rażąco niskiej będzie każdorazowo wymagało dokonania konkretyzacji na tle okoliczności stanu faktycznego właściwego dla danego postępowania. Skoro zatem określenie ceny oferty, jako mogącej nosić charakter ceny rażąco niskiej, jest dokonywane w szerokopojętych realiach danej sprawy, to również weryfikacja czy zamawiający był zobowiązany do przeprowadzenia procedury wyjaśniającej sposób kalkulacji ceny - wskazanej w art. 90 ust. 1 p.z.p., w tym badanie czy zaistniała przesłanka obligująca zamawiającego do rozpoczęcia procedury wezwania wykonawcy do złożenia wyjaśnień w jaki sposób i na jakiej podstawie wyliczono cenę oferty - także jest dokonywana w okolicznościach faktycznych konkretnego zamówienia, przy uwzględnieniu jego indywidualnych cech w korelacji z uwarunkowaniami właściwymi dla danego rynku. I pomimo, że w omawianej normie ustawodawca zawarł normę określającą fakultatywne wezwanie do złożenia wyjaśnień, w przeciwieństwie do art. 90 ust. 1a p.z.p., to w przypadku zajścia okoliczności, o których mowa w hipotezie przepisu - zaistnienie okoliczności powodujących, że cena lub jej istotna część składowa wydaje się rażąco niska i wzbudza wątpliwość, czy możliwym będzie wykonanie przedmiotu zamówienia zgodnie z dokumentacją postępowania i przepisami prawa - przeradza się to w obowiązek zamawiającego, którego zaniechanie może spowodować negatywne dla niego skutki.

Skład orzekający zauważa również, iż wbrew twierdzeniom zamawiającego, który skupił się na procentowej różnicy wartości zamówienia i ceny całkowitej z oferty przystępującego, czy też na niewielkim procencie danych śmieci w całości tonażu w przetargu, wątpliwości co do prawidłowości kalkulacji ceny ofertowej, zgodnie z hipotezą art. 90 ust. 1 p.z.p., nie zostały zawężone przez ustawodawcę wyłącznie do procentowych różnic poszczególnych wartości. Katalog przesłanek zastosowania trybu omawianej normy jest katalogiem otwartym - dostosowanym do szerokiego spektrum sytuacji, jakie mogą zaistnieć na rynku zamówień publicznych.

Izba wskazuje dalej, że nie tylko wątpliwa wysokość ceny całkowitej oferty jest przyczyną do rozpoczęcia procedury wyjaśniającej. W obecnym stanie prawnym również z powodu wątpliwości co do prawidłowego wycenienia istotnej części składowej oferty, należy zweryfikować jej cenę ogólną. W ocenie składu orzekającego istotną częścią składową ceny w przedmiotowym postępowaniu są poszczególne stawki jednostkowe, wyszczególnione przez zamawiającego we wzorze umowy i w formularzu ofertowym.

Zamawiający, aby poprawnie zastosować normę art. 90 ust. 1 p.z.p., musi poddać zaistniały w sprawie stan faktyczny krytycznej analizie, pod katem prawidłowości i rynkowego charakteru zaoferowanej ceny, przy uwzględnieniu weryfikacji wartości istotnych części składowych ceny. Ustalając zatem wzorzec prawidłowego postępowania, do którego Izba w toku orzekania porówna podważane czynności i zaniechania zamawiającego, celem oceny ich prawidłowości, należy włączyć w ten wzorzec konieczność ustalenia, czy należycie działający zamawiający w danym stanie rzeczy powziąłby takie wątpliwości, czy też nie. Dokonując tej analizy, na kanwie okoliczności niniejszej sprawy, Krajowa Izba Odwoławcza doszła do przekonania, że u zamawiającego wątpliwości co do możliwości wykonania przedmiotu zamówienia zgodnie z wymaganiami dokumentacji postępowania i przepisami prawa powinny były powstać i zamawiający powinien zbadać ofertę przystępującego w trybie art. 90 ust. 1 p.z.p.

Odwołujący skutecznie wykazał, że zamawiający, poprzez zaniechanie wezwania przystępującego do złożenia wyjaśnień sposobu kalkulacji ceny, dokonał przedwczesnego wyboru oferty tego wykonawcy, jako oferty najkorzystniejszej. Natomiast twierdzenia zamawiającego, mające świadczyć o prawidłowości jego czynności w postępowaniu, Izba uznała za zmierzające wyłącznie do poprawy sytuacji procesowej strony, bez jakiegokolwiek merytorycznego odniesienia się do budzących obiektywne wątpliwości wysokości stawek jednostkowych przystępującego. Zamawiający ograniczył się do procentowego porównania zaoferowanej przez przystępującego ceny do wartości szacunkowej i ceny odwołującego oraz do podnoszenia, że stawki za utylizację przeterminowanych leków, chemikaliów i odpadów niebezpiecznych oraz stawki za utylizację odpadów niekwalifikujących się do odpadów medycznych są cenami marginalnymi w stosunku do całości zamówienia. Tym

niemniej nie to stanowiło podstawę zarzutu odwołującego. Odwołujący podnosił wadę oferty przystępującego w postaci budzących wątpliwości jednakowych cen jednostkowych, które wykonawca przystępujący skalkulował na tym samym poziomie - 1200,00 zł netto za 1 Mg dla każdej z dziewięciu frakcji odpadów z formularza ofertowego - pomimo konieczności utylizacji śmieci w różnych instalacjach, przyjmujących poszczególne frakcje odpadów, a co za tym idzie różniących się kosztami zagospodarowania i transportu poszczególnych frakcji odpadów. W szczególności, że formą rozliczenia z wykonawcą jest wynagrodzenie kosztorysowe za faktycznie zutylizowane śmieci, kiedy stawki przystępującego mogą pomijać treść dokumentacji postępowania i wskazywać wadę oferty w postaci niezastosowania ustalonego przez zamawiającego sposobu obliczenia ceny czy braku uwzględnienia przyjętej formy wynagrodzenia, a zatem z pominięciem narzuconego przez zamawiającego sposobu realizacji zamówienia. Ani zamawiający, ani przystępujący nie zaoferował Izbie wytłumaczenia w jaki sposób, na kanwie dokumentacji postępowania, przy uwzględnieniu realiów gospodarczych mających wpływ na sposób kalkulowania ceny, można byłoby przyjąć jednakową cenę dla poszczególnych stawek za utylizację śmieci. Ograniczono się do gołosłownego zapewnienia, że nie jest to ukryty ryczałt, bez podania jakiejkolwiek merytorycznej argumentacji, potwierdzającej subiektywne przekonanie zamawiającego i przystępującego, że cena została obliczona zgodnie z wymaganiami SIWZ.

Przechodząc do treści wiążącej strony dokumentacji postępowania Izba ustaliła, co istotne dla rozpoznawanego sporu, że zamawiający dysponował ceną globalną za wykonanie zamówienia, obliczoną jako iloczyn szacowanej ilości odpadów (na podstawie danych historycznych) oraz ceną netto za 1 Mg odbioru i zagospodarowania odpadów komunalnych danego rodzaju. Dysponowano również dziewięcioma jednostkowymi stawkami za utylizację odpadu danego rodzaju, które stanowią poszczególne składniki ceny. Jest to okoliczność znamienna, gdyż w ocenie Izby pozycje formularza oferty, wskazane przez zamawiającego - gdyż to zmawiający podzielił wynagrodzenie na ważne dla niego elementy - stanowią istotne części składowe ceny, o których mowa w art. 90 ust. 1 p.z.p. Bezpośrednio potwierdza to treść wzoru umowy (załącznik nr 13 do SIWZ), gdzie w § 12 ust. 1 zamawiający ustalił formę rozliczenia z wykonawcami w postaci wynagrodzenia kosztorysowego - iloczyn ilości faktycznie odebranych i zagospodarowanych odpadów oraz stawki jednostkowej za odbiór i zagospodarowanie 1 Mg danego rodzaju odpadów. W § 12 ust. 3 wzoru umowy zamawiający wskazał rodzaje odpadów objętych umową, zaś w § 12 ust. 5 wskazane zostaną kwoty stawek za poszczególne rodzaje odpadów (z § 12 ust. 3 wzoru umowy), wycenione na podstawie oferty wykonawcy. Ustalony sposób rozliczenia wynagrodzenia znajduje odzwierciedlenie w rozdziale 15 SIWZ, dotyczącym sposobu obliczenia ceny oferty.

Mając na uwadze treści dokumentacji postępowania skład orzekający podzielił twierdzenia odwołującego, że każda z cen jednostkowych (stawek za dany rodzaj odpadów), zawartych w formularzu ofertowym, jest ceną odrębną i samodzielną. Zamawiający przewidział rozliczenie miesięczne za faktycznie wywiezione śmieci, w oparciu o ceny jednostkowe z formularza cenowego, płacone według wykonanej usługi - ilości odebranych i zagospodarowanych śmieci danej frakcji. Zatem w ocenie Izby w każdej z poszczególnych cen wykonawcy powinni zawrzeć wszystkie koszty związane z odbiorem i zagospodarowaniem danego rodzaju odpadów komunalnych i nie ma możliwości „przerzucania” danego kosztu pomiędzy usługami, bowiem są to samodzielne ceny, w oparciu o które będzie rozliczane wynagrodzenie wykonawcy za realizację zamówienia.

Jak wcześniej zauważono przystępujący w formularzu cenowym każdy z dziewięciu rodzajów odpadów wycenił na jednakowym poziomie w wysokości 1200,00 zł netto za 1 Mg odpadów komunalnych, niezależnie jakich śmieci to dotyczy. Przy czym w wykazie instalacji, do których będą przekazywane odpady w ramach realizacji przedmiotu zamówienia, przystępujący wskazał różne podmioty, do których śmieci będą wożone, znajdujące się w różnych miejscowościach - czyli w różnych odległościach od miejsca odbioru śmieci. Skoro koszt odebrania odpadów to m.in. koszt przetransportowania śmieci do instalacji utylizacji, to dla różnych śmieci, które są transportowanych do różnych miejscowości, implikuje to różną wysokość kosztu transportu dla poszczególnych rodzajów odpadów. Dalej Izba wskazuje, że ceny utylizacji śmieci za poszczególne frakcje nie są jednakowe. Okolicznością notoryjną jest fakt, że ceny za zagospodarowanie danego odpadu są różne, w zależności od rodzaju śmieci (kodu odpadu). Instalacje odbioru odpadów tworzą cenniki, które są oparte o poszczególne kody śmieci, co jedynie dodatkowo wynika z dowodów złożonych przez odwołującego. Odwołujący udowodnił złożonymi ofertami, że na rynku gospodarki odpadami stawki za utylizację przeterminowanych leków, chemikaliów i odpadów niebezpiecznych oraz stawki za utylizację odpadów niekwalifikujących się do odpadów medycznych, są stawkami różnymi od innych stawek, jak też są wyceniane w cenie znacznie wyższej (dwukrotnie lub trzykrotnie droższej), niż stawka zaoferowana przez przystępującego.

Wypada zauważyć także, iż odwołujący - wyceniający swoją ofertę na podstawie tej samej treści dokumentacji postępowania co przystępujący - podał różne ceny za

zagospodarowanie różnych rodzajów śmieci i to znacznie wyższe niż przystępujący. Różnica w ofertach wynika jedynie z zaoferowanej ceny, w pozostałych kryteriach oceny ofert wykonawcy uzyskali po tyle samo punktów, wobec zaoferowania tożsamych warunków terminu odbioru interwencyjnego. Wskazuje to na możliwość braku odzwierciedlenia wartości rynkowej w jednostkowych cenach przystępującego, bowiem ceny zawarte w konkurencyjnych ofertach, jako kalkulowane w tym samym czasie, a więc w konkretnych warunkach gospodarczych z uwzględnieniem tych samych wymagań zamawiającego, stanowią niezwykle istotną wytyczną dla rozstrzygnięcia czy należy wdrożyć procedurę wyjaśniającą sposób kalkulacji ceny.

Skład orzekający wskazuje również, że kolejnym czynnikiem przemawiającym za koniecznością wdrożenia procedury w trybie art. 90 ust.1 p.z.p. są założenia przyjęte do oszacowania wartości zamówienia przez zamawiającego. Co prawda globalna cena przystępującego jest zbliżona do ceny oszacowania, tym niemniej nie można pominąć, że w obecnym przetargu rozliczenie następuje w formie kosztorysowej, wcześniej rozliczano się ryczałtem. Stąd brak jest możliwości prostego przyrównania ceny oszacowanej na podstawie danych historycznych do cen liczonych dla wynagrodzenia kosztorysowego, jest to matematycznie nieporównywalne i wymagałoby dokonania rozszerzonych obliczeń, w postaci wyodrębnienia z ryczałtu poszczególnych cen stawek za dany rodzaj śmieci. Zamawiający posiadałby wtedy dane niezbędne do porównania części składowych ceny, w postaci stawek jednostkowych, których jednakowy poziom dla różnych frakcji śmieci, czyli sposób kalkulacji przez przystępującego budzi obiektywne wątpliwości.

W konsekwencji powyższego, w ocenie składu orzekającego, cena jednostkowa za odbiór i zagospodarowanie każdego z dziewięciu rodzajów odpadów, skalkulowana na jednakowym poziomie dla różnych rodzajów śmieci - z powodu różnych wysokości kosztów, które w daną stawkę należy wliczyć, w korelacji z narzuconym przez zamawiającego sposobem obliczenia ceny i przyjęciem kosztorysowego rozliczenia realizacji przedmiotu zamówienia - powoduje obiektywną wątpliwość, którą należy wyjaśnić. W szczególności, że zamawiający nie zdecydował się na wskazanie argumentów, świadczących o możliwości ujednolicenia cen jednostkowych, w oparciu o własną wiedzę o rynku gospodarki odpadami, czy w oparciu o treść SIWZ. Przystępujący również nie zdecydował się na wskazanie obiektywnych czynników, umożliwiających zaoferowanie ceny dla każdego rodzaju śmieci w jednej wysokości 1200,00 zł netto za 1 Mg odebrania i zagospodarowania każdej frakcji odpadu komunalnego, objętego przetargiem. Zatem w ustalonym stanie rzeczy została wypełniona hipoteza art. 90 ust. 1 p.z.p., co powoduje konieczność kontynuacji badania i oceny oferty przystępującego, w postaci postępowania wyjaśniającego istotne części składowe jego ceny.

Krajowa Izba Odwoławcza stwierdziła dalej, że nie potwierdził się zarzut naruszenia przez zamawiającego art. 89 ust. 1 pkt 6 p.z.p., poprzez zaniechanie odrzucenia oferty przystępującego, jako zawierającej błąd w obliczeniu ceny - zarzut ten jako nieudowodniony

został przez Izbę oddalony.

Skład orzekający wskazuje, że w stanie na dzień orzekania odwołujący nie wykazał stanowczych podstaw do jednoznacznej oceny, że oferta przystępującego powinna zostać odrzucona, co stanowiłoby podstawę do stwierdzenia naruszenia przez zamawiającego art. 89 ust. 1 pkt 6 p.z.p. Dopiero przeprowadzenie postępowania wyjaśniającego, do którego Izba zobowiązała zamawiającego, uwzględniając odwołanie w zakresie zarzutu naruszenia art. 90 ust. 1 p.z.p., spowoduje klarowne ustalenie w jaki sposób przystępujący skalkulował cenę oferty i co zostało w niej zawarte, jak również czy cena uwzględnia wszystkie warunki określone w dokumentacji postępowania (narzucony sposób obliczenia ceny i przyjęty charakter rozliczenia wynagrodzenia, czyli sposób realizacji zamówienia).

Należy zauważyć, że już sam sposób sformułowania zarzutu implikuje stwierdzenie, że ocena taka również nie może zostać dokonana w sposób jednoznaczny przez samego odwołującego, który de facto zarzucił działaniu zamawiającego naruszenie przesłanek odrzucenia oferty, przy bardzo oszczędnym sformułowaniu okoliczności faktycznych, które Izba może ocenić w toku dokonywania subsumpcji. Odwołujący w zarzucie dotyczącym błędu w obliczeniu ceny poświęcił wiele miejsca na przytaczanie treści SIWZ, tym niemniej w zakresie twierdzeń co do istoty rzekomego merytorycznego błędu, które można byłoby zbadać przez pryzmat przesłanek art. 89 ust. 1 pkt 6 p.z.p., ograniczono się do postawienia tezy, że przystępujący mógł zlekceważyć wymagany przez zamawiającego sposób obliczenia i zaprezentowania ceny - czemu przystępujący i zamawiający stanowczo zaprzeczyli, podnosząc, że obliczenie ceny odpowiada warunkom dokumentacji postępowania, w tym wymaganiom z rozdziału 15 SIWZ i treści formularza oferty.

W związku z powyższym skład orzekający wskazuje, że nie jest możliwe uwzględnienie zarzutu na podstawie przeświadczenia strony, która nie była w stanie jednoznacznie wykazać jaki to konkretnie merytoryczny błąd zawiera oferta przystępującego.

W ustalonym stanie rzeczy nie można zastosować art. 89 ust. 1 pkt 6 p.z.p., gdyż dyspozycja tej normy wymaga ustalenia w sposób niebudzący wątpliwości, że oferta podlega odrzuceniu, co nie zostało udowodnione przez odwołującego.

Krajowa Izba Odwoławcza uwzględniła odwołanie, bowiem wykazano, iż w przedmiotowym stanie faktycznym została wypełniona hipoteza normy prawnej wyrażonej w art. 192 ust. 2 p.z.p. Stwierdzone naruszenie przepisów ustawy miało istotny wpływ na wadliwy wynik postępowania o udzielenie zamówienia, tj. na przedwczesny wybór oferty przystępującego jako oferty najkorzystniejszej.

Mając na uwadze powyższe, orzeczono jak w sentencji.

Rozstrzygnięcie o kosztach postępowania odwoławczego wydano na podstawie art. 192 ust. 9 i 10 p.z.p., tj. stosownie do wyniku postępowania, z uwzględnieniem § 5 ust. 2 pkt 1 w zw. § 3 pkt 1 i 2 lit. b 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), obciążając zamawiającego, jako stronę przegrywającą, kosztami postępowania odwoławczego w postaci wpisu od odwołania i kosztem wynagrodzenia pełnomocnika odwołującego, zgodnie ze złożoną fakturą VAT, w kwocie wynikającej z ww. rozporządzenia.

Przewodniczący: