Sygn. akt: KIO 1221/22 KIO 1234/22

WYROK

z dnia 25 maja 2022 r.

Krajowa Izba Odwoławcza - w składzie:

Przewodniczący: Danuta Dziubińska

Protokolant: Adam Skowroński

po rozpoznaniu na rozprawie w dniu 23 maja 2022 r. odwołań wniesionych do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej:

A. w dniu 4 maja 20221 roku przez wykonawcę CONTROL PROCESS Spółka Akcyjna z siedzibą w Krakowie, ul. Obrońców Modlina 16, 30-733 Kraków (sygn. akt KIO 1221/22)

B. w dniu 6 maja 20221 roku przez wykonawcę Ekotechnika Spółka z ograniczoną odpowiedzialnością z siedzibą w Warszawie, ul. Modlińska 129 lok U8, 03-186 Warszawa (sygn. akt KIO 1234/22)

w postępowaniu prowadzonym przez Miejskie Przedsiębiorstwo Oczyszczania Spółka z ograniczoną odpowiedzialnością z siedzibą w Krakowie, ul. Nowohucka 1, 31-580 Kraków

przy udziale wykonawców wspólnie ubiegających się o udzielenie zamówienia: Konsorcjum Sutco-Polska Spółka z ograniczoną odpowiedzialnością, Sutco RecyclingTechnik GmbH z siedzibą lidera w Katowicach, ul. Hutnicza 10, 40-241 Katowice zgłaszających przystąpienie do postępowania odwoławczego po stronie Zamawiającego w sprawach KIO 1221/22 i KIO 1234/22

orzeka:

1. Oddala odwołania w sprawach sygn. akt: KIO 1221/22 i KIO 1234/22;

2. Kosztami postępowania obciąża Odwołujących CONTROL PROCESS Spółka Akcyjna z siedzibą w Krakowie i Ekotechnika Spółka z ograniczoną odpowiedzialnością z siedzibą w Warszawie, i:

2.1. zalicza w poczet kosztów postępowania odwoławczego kwotę 30 000 zł 00 gr (słownie: trzydzieści tysięcy złotych zero groszy) uiszczoną przez Odwołujących tytułem wpisu od odwołania,

2.2. w sprawie KIO 1221/22 zasądza od CONTROL PROCESS Spółka Akcyjna z siedzibą w Krakowie na rzecz Miejskiego Przedsiębiorstwa Oczyszczania Spółka z ograniczoną odpowiedzialnością z siedzibą w Krakowie kwotę 3 600 zł 00 gr (słownie: trzy tysiące sześćset złotych zero groszy) tytułem uzasadnionych kosztów wynagrodzenia pełnomocnika strony;

2.3. w sprawie KIO 1234/21 zasądza od Ekotechnika Spółka z ograniczoną odpowiedzialnością z siedzibą w Warszawie na rzecz Miejskiego Przedsiębiorstwa Oczyszczania Spółka z ograniczoną odpowiedzialnością z

siedzibą w Krakowie kwotę 3 600 zł 00 gr (słownie: trzy tysiące sześćset złotych zero groszy) tytułem uzasadnionych kosztów wynagrodzenia pełnomocnika strony.

Stosownie do art. 579 ust. 1 i art. 580 ust. 1 i 2 ustawy z dnia 11 września 2019 r. Prawo zamówień publicznych (Dz. U. z 2019 r. poz. 2019) na niniejszy wyrok - w terminie 14 dni od dnia jego doręczenia - przysługuje skarga za pośrednictwem Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej do Sądu Okręgowego w Warszawie.

Przewodniczący: .....

Sygn. akt: KIO 1221/22 KIO 1234/22

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

Miejskie Przedsiębiorstwo Oczyszczania Spółka z ograniczoną odpowiedzialnością z siedzibą w Krakowie (dalej: „Zamawiający") prowadzi, w trybie przetargu nieograniczonego, na podstawie ustawy Prawo zamówień publicznych (dalej: „Pzp"), postępowanie o udzielenie zamówienia pn. „Centrum Recyklingu Odpadów Komunalnych w Krakowie" Zakład

Recyklingu Tworzyw Sztucznych - instalacja przygotowania odpadów tworzyw sztucznych do recyklingu, numer referencyjny: TZ/EG/2/2022. Ogłoszenie o zamówieniu zostało opublikowane w dniu 21 lutego 2022 r. w Dzienniku Urzędowym Unii Europejskiej pod nr 2022/S 036-092382.

Zamawiający 28 kwietnia 2022 r. wezwał wykonawców CONTROL PROCESS S.A. (dalej: „Odwołujący Control") oraz Ekotechnika sp. z o.o. (dalej: „Odwołujący Ekotechnika") do wyjaśnień ceny istotnych elementów składowych ofert złożonych przez tych wykonawców. Z zachowaniem terminu ustawowego ww. wykonawcy wnieśli odwołania, w których zakwestionowali czynność wezwania ich do wyjaśnień ceny.

Odwołujący Control i Odwołujący Ekotechnika zarzucili Zamawiającemu naruszenie przepisów:

1) art. 224 ust. 1 Pzp w zw. z art. 16 pkt 3 Pzp przez wezwanie ich do złożenia wyjaśnień w sytuacji, gdy brak jest podstaw do uznania, że istnieją wątpliwości co do możliwości wykonania przedmiotu zamówienia zgodnie z wymaganiami określonymi w dokumentach zamówienia

oraz z ostrożności, na wypadek nieuwzględnienia powyższego zarzutu:

2) art. 224 ust. 1 Pzp w zw. z art. 16 pkt 1 i 3 Pzp przez wyznaczenie zbyt krótkiego terminu do złożenia wyjaśnień, uniemożliwiającego rzetelne przygotowanie odpowiedzi.

Wskazując na powyższe zarzuty Odwołujący Control i Odwołujący Ekotechnika wnieśli o uwzględnienie złożonych przez nich odwołań i:

1) nakazanie Zamawiającemu unieważnienie czynności wezwania ich do złożenia wyjaśnień ceny

oraz z ostrożności, na wypadek nieuwzględnienia ww. żądania:

2) nakazanie Zamawiającemu wydłużenia terminu na złożenie wyjaśnień w taki sposób, aby obejmował on co najmniej 14 dni.

W uzasadnieniu Odwołujący Control i Odwołujący Ekotechnika wskazali m.in., że przedmiotowe postępowanie jest funkcjonalnie związane z postępowaniami: a) „Centrum Recyklingu Odpadów Komunalnych w Krakowie" - budowa Zakładu Recyklingu Tworzyw Sztucznych - TZ/EG/1/2022 (postępowanie zostało unieważnione), b) „Centrum Recyklingu Odpadów Komunalnych w Krakowie" - instalacja recyklingu folii PE - TZ/EG/3/2022. Efektem

realizacji wszystkich trzech zamówień ma być wybudowanie zakładu recyklingu tworzyw sztucznych W ramach postępowania wskazanego w pkt a) (TZ/EG/1/2022) miała zostać wybudowana hala, w której zostaną zamontowane instalacje - instalacja przygotowania odpadów tworzyw sztucznych do recyklingu (będąca przedmiotem niniejszego postępowania) oraz instalacja recyklingu folii PE - postępowanie wskazane powyżej w pkt b) (TZ/EG/3/2022). Takie jednoznacznie wynika z OPZ niniejszego postępowania. Wobec unieważnienia postępowania TZ/EG/1/2022 w dniu 20 kwietnia 2022 r. (ogłoszenie w TED 2022/S 084-223316) istnieją podstawy do przyjęcia, że udzielenia przedmiotowego zamówienia jest niemożliwe, gdyż może prowadzić do zawarcia umowy o świadczenie niemożliwe, wobec braku hali produkcyjnej w której należy zamontować instalację będącą przedmiotem niniejszego postępowania. W związku z unieważnieniem postępowania TZ/EG/1/2022 doszło do dezaktualizacji terminu realizacji zamówienia, gdyż termin ten został wyznaczony jako data sztywna. Ewentualne ponowne wszczęcie procedury przetargowej na budowę hali produkcyjnej wymaga dodatkowego czasu, co wpłynie na moment rozpoczęcia prac. Wskazane wyżej okoliczności wskazują na istotne wątpliwości co do możliwości rozstrzygnięcia niniejszego postępowania przez Zamawiającego, co - zgodnie z zasadą proporcjonalności - winno zostać wzięte pod uwagę przy prowadzeniu czynności wobec Wykonawców.

Odwołujący Control i Odwołujący Ekotechnika stwierdzili, że z treści zaskarżonego wezwania wynika, że w ocenie Zamawiającego istotne części składowe wydają się rażąco niskie w stosunku do przedmiotu zamówienia i budzą wątpliwości Zamawiającego co do możliwości wykonania przedmiotu zamówienia zgodnie z wymaganiami określonymi przez zamawiającego. Zamawiający nie wskazał w żądaniu żadnych podstaw swojego stanowiska, poza lakonicznym stwierdzeniem, że „cena zaproponowana dla niżej wymienionych pozycji odbiega od średniej arytmetycznej cen wszystkich złożonych ofert w przedmiotowym postępowaniu". Zamawiający pomija, że samo odbieganie cen od siebie jest normalne w warunkach konkurencji rynkowej i to, że Wykonawcy składają oferty z różnymi cenami jest całkowicie naturalne, zaś instytucja o której mowa w art. 224 Pzp służy badaniu ceny rażąco niskiej, a nie ceny odbiegającej od średniej. Ustawodawca ustanowił próg 30% różnicy od średniej arytmetycznej ofert lub wartości zamówienia ustalonej przez Zamawiającego jako obligujący do badania rażąco niskiej ceny, a taka sytuacja nie występuje w postępowaniu.

Odwołujący Control podał dodatkowo, że cena jego oferty odbiega od średniej cen wszystkich złożonych ofert w postępowaniu zaledwie o 3,76%: Konsorcjum Sutco zaoferowało bowiem cenę 45.075.404,10 PLN, co stanowi 112,27 % średniej, Ekotechnika Sp. z o.o. zaoferowała cenę 36.737.253,26 PLN, co stanowi 91,5 % średniej, a CONTROL PROCESS S.A. zaoferowała cenę 38.639.718,15 PLN, co stanowi 96,24 % średniej, która wynosi 40.150.791,84 PLN i jednocześnie jest ceną najbardziej zbliżoną do średniej arytmetycznej cen wszystkich złożonych ofert w postępowaniu. Zdaniem tego Odwołującego wskazuje to, że pogląd Zamawiającego, iż cena ta spełnia wymagania do powzięcia wątpliwości co do jej rażąco niskiego charakteru i możliwości zrealizowania zamówienia nie znajduje oparcia w faktach.

Odwołujący wskazali także, że w postępowaniu cena jest ceną ryczałtową, co wynika z pkt XVI.4 SWZ. Zdaniem Odwołującego Control oznacza to, że elementy składowe ceny są bez znaczenia dla Zamawiającego, gdyż w żaden sposób nie będą one wpływać na rozliczenie pomiędzy Zamawiającym a Wykonawcą, zgodnie bowiem z § 8 ust. 1 projektu Umowy wykonawca otrzyma wynagrodzenie ryczałtowe. Odwołujący Ekotechnika podkreślił, że cena obejmuje ewentualne pomyłki, niedokładności, rozbieżności, braki lub inne wady wynikające z treści załącznika nr 1 do SWZ, co wynika z pkt XVI.5 SWZ. Ewentualne niedoszacowania obciążają zatem Wykonawcę i są bez znaczenia dla Zamawiającego, gdyż nie wpływają na rozliczenia między stronami umowy. Nie można ich także uznać za zagrażające realizacji zamówienia. Odwołujący powołali przywołali w tym zakresie wyrok Sądu Okręgowego w Warszawie z dnia 23 maja 2018 r., sygn. akt XXIII Ga 209/18 i wskazali, że orzeczenie to zapadło pod rządami poprzednio obowiązującej ustawy - prawo zamówień publicznych, jednak w ich ocenie zachowuje pełną aktualność w stanie faktycznym niniejszego postępowania, gdyż Zamawiający wskazał na koniunkcję okoliczności, czyli uznał, że cena stanowiąca 96,24% średniej arytmetycznej wszystkich cen „budzi wątpliwości, co do możliwości wykonania zamówienia".

Następnie Odwołujący Control i Odwołujący Ekotechnika wskazali na poglądy doktryny w zakresie wykładni pojęcia rażąco niska i stwierdzili, że ich zdaniem, należy uznać, że żądanie Zamawiającego nie jest oparte na faktycznych wątpliwościach, a jest dążeniem do pozyskania dodatkowych informacji (nieprzewidzianych w SWZ). Nadto stwierdzili, że działania Zamawiającego w postępowaniu winny być podporządkowane zasadzie proporcjonalności, a w ich ocenie poza bezprawnością wezwań, są one nieproporcjonalne - wymagają bowiem od Wykonawców dużego nakładu pracy w skrajnie krótkim terminie, co do którego Zamawiający odmówił wydłużenia, w sytuacji gdy z powodów powyżej wskazanych dokonanie wyboru oferty najkorzystniejszej w postępowaniu jest mało

prawdopodobne.

W uzasadnieniu zarzutu podniesionego z ostrożności, Odwołujący Control i Odwołujący Ekotechnika wskazali, że Zamawiający w wezwaniu z 28 kwietnia 2022 r. wyznaczył termin na złożenie wyjaśnień do dnia 6 maja 2022 r.. Niezwłocznie po otrzymaniu wezwania, Odwołujący Control zwrócił się z wnioskiem o wydłużenie terminu, jednak Zamawiający odmówił uwzględnienia tego wniosku. Biorąc pod uwagę fakt, że okres 1-3 maja jest od dawna w Polsce okresem tradycyjnie urlopowym i zdaniem Odwołującego Control dysponuje on zaledwie 3 dniami roboczymi na przygotowanie szczegółowej odpowiedzi w sytuacji, gdy w celu udzielenia odpowiedzi konieczna jest współpraca z podwykonawcami, w szczególności podmiotami zagranicznymi. Również zdaniem Odwołującego Ekotechnika nie jest to termin odpowiedni, wystarczający do spełnienia żądania bowiem faktyczny okres na udzielenie odpowiedzi został z przyczyn od niego niezależnych skrócony, w stopniu uniemożliwiającym przygotowanie szczegółowej odpowiedzi. Tym bardziej, że jej udzielenie wymaga pozyskania odpowiednich informacji, dokumentów od podmiotów z nim współpracujących. Odwołujący Control i Odwołujący Ekotechnika stwierdzili, że brak wydłużenia przez Zamawiającego terminu na złożenie odpowiedzi na wezwanie nie wskazuje na to, że celem Zamawiającego jest uzyskanie faktycznych, rzetelnych wyjaśnień, a postawienie Odwołujących przed zadaniem niemożliwym do wykonania i być może odrzuceniem ich ofert w oparciu o przesłanki formalne. Zgodnie z uchwałą Krajowej Izby Odwoławczej z dnia 18 maja 2017 r. (KIO/KD 18/17) termin do złożenia wyjaśnień ma mieć charakter realny, a biorąc pod uwagę stopień skomplikowania zadania i jego wartość nie sposób uznać aby kilka dni roboczych było terminem realnym dla przygotowania odpowiedzi na żądanie Zamawiającego.

Pismami z 20 maja 2022 r. Zamawiający wniósł o oddalenie obydwu odwołań. W uzasadnieniu swojego stanowiska Zamawiający podał m.in., iż zadaniem instalacji stanowiącej przedmiot postępowania jest zapewnienie właściwego materiału wsadowego do instalacji recyklingu folii PE; tj. jak najbardziej jednorodnego pod względem materiałowym (co najmniej 90% czystości materiałowej) w podziale na folię transparentną i kolorową mix. Wymaga to zastosowania odpowiednio wyposażonej i wysoko wydajnej linii sortowniczej. Źle skonfigurowany ciąg technologiczny prowadzi do niewłaściwego oddzielenia poszczególnych frakcji albo dokonania niekontrolowanego zmieszania sortowanych odpadów polietylenowych pod kątem np. ich gęstości (zmieszanie LDEP z HDPE). Takie negatywne zdarzenie technologiczne spowoduje zakłócenia procesu recyklingu materiałowego w tym, mielenia i mycia a przede wszystkim wytłaczania regranulatu, który jest finalnym wyrobem procesu recyklingu przeznaczonym do dalszego przetwórstwa (wytłaczania czy wtryskiwania). Spowoduje to wytwarzanie regranulatu o pogorszonych parametrach mechanicznych, przetwórczych i użytkowych w stosunku do zakładanych. Wytworzone z takiego regranulatu np. worki do selektywnej zbiórki odpadów będą się rwały a zgromadzone w środku odpady będą się wysypywały z tych worków. Jeżeli proces przygotowania surowców do recyklingu będzie niewłaściwy to cała inwestycja za ok. 200 mln jest zbędna. W związku z czym strategiczny jest wybór najkorzystniejszej oferty w tym postępowaniu, bowiem ewentualne unieważnienie tego postępowania niweczy zasadność realizacji kolejnych postępowań związanych z Budową Centrum Recyklingu. Zamawiający nie chce wybudować jakiejkolwiek linii sortowniczej, bowiem takie posiada, a linię sortowniczą, która zapewni mu odzysk wsadu na zakładanym poziomie czystości, a taki rezultat daje jedynie linia spełniająca wszystkie wymagania. Bez znaczenia jest argumentacja Odwołujących sprowadzająca się do podnoszonych wątpliwości co unieważnionego postępowania TZ/EG/1/2022, oraz realnej możliwości rozstrzygnięcia tego postępowania. Tym bardziej, że wątek ten jest całkowicie bez znaczenia dla wniesionego odwołania.

Następnie Zamawiający stwierdził, że jego zdaniem Odwołujący mylą instytucje prawne, co powoduje, że wniesione odwołania są bezzasadne. Całość odwołań, przedstawionej argumentacji oraz przytoczonego orzecznictwa odnosi się bowiem do sytuacji, w której badana jest rażąco niska cena rozumiana jako całość, a więc jest badana w oparciu o przepis art. 224 ust. 2 Pzp, podczas gdy w tym przypadku Zamawiający bada istotne części składowe oferty i podane w ofertach ceny dotyczące elementów ceny ofertowej, które wzbudziły jego wątpliwości, a więc działa w oparciu o uprawnienie jakie wynika z art. 224 ust. 1 Pzp. Tym samym bez znaczenia jest argumentacja, o kilkuprocentowym odstępstwie ceny ofertowej Odwołującego od średniej cen innych złożonych ofert lub od wartości szacunkowej zamówienia. Odwołujący w żaden sposób nie kwestionuje, że zakres wezwania dotyczy elementów istotnych. Jak wynika, że stanowiska Krajowej Izby Odwoławczej - treść odwołania musi być precyzyjna a nie blankietowa, w związku z czym ewentualna argumentacja co do tego czy Zamawiający miał prawo wezwać do złożenia wyjaśnień w zakresie istotnych elementów ceny oferty winna wynikać z treści Odwołania.

Zdaniem Zamawiającego w niniejszej sprawie zaistniały przesłanki do tego, aby

wezwać wykonawców do wyjaśnień. Bardzo rzetelnie przeanalizował wszystkie oferty i w ramach tej czynności wezwał wszystkich wykonawców do wyjaśnień w zakresie pozycji, które odbiegały od średnich cen wszystkich złożonych ofert w tym samym obszarze. Ma bowiem świadomość wielkości tej inwestycji i tego jak ważne jest prawidłowe skalkulowanie ceny ofertowej, aby uniknąć ewentualnych problemów i nieporozumień w toku realizacji umowy. W wezwaniu skierowanym do Odwołującego Control Zamawiający oczekiwał wyjaśnień dotyczących:

1) dla tabeli „Dokumentacja projektowa" poz. „Projekt technologiczny",

2) dla tabeli „Maszyny i urządzenia" poz. „Rozdrabniarka odpadów",

3) dla tabeli „Maszyny i urządzenia" poz. „Sterowanie wraz z instalacją sterowania i automatyki wraz z szafami sterowniczymi",

4) dla tabeli „Maszyny i urządzenia", poz. „Konstrukcje stalowe i pomosty",

5) „dla tabeli „Usługi" poz. „Montaż instalacji".

W wezwaniu skierowanym do Odwołującego Ekotechnika Zamawiający oczekiwał wyjaśnień dotyczących:

1) dla tabeli „Dokumentacja projektowa" poz. „Projekt technologiczny",

2) dla tabeli „Dokumentacja projektowa" poz. „Instrukcje rozruchu i ruchu próbnego, instrukcje obsługi i eksploatacji wraz z instrukcjami BHP i P.poż. oraz dokumentacja powykonawcza".

3) dla tabeli „Maszyny i urządzenia" poz. „Rozdrabniarka odpadów",

4) dla tabeli „Maszyny i urządzenia" poz. „Separatory odpadów"

5) dla tabeli „Maszyny i urządzenia", poz. „Konstrukcje stalowe i pomosty",

6) „dla tabeli „Usługi" poz. „Montaż instalacji".

Zamawiający zaznaczył, że w skierowanych do wykonawców wezwaniach precyzyjnie wskazał do których części składowych ceny ma wątpliwości i co konkretnie w ramach tych pozycji wymaga wyjaśnienia. Wbrew twierdzeniom Odwołujących nie są to wezwania ogólnikowe, co miałoby świadczyć o tym, że żądanie Zamawiającego nie jest oparte na faktycznych wątpliwościach, a jest dążeniem do pozyskania dodatkowych informacji (nieprzewidzianych w SWZ), Zamawiający bowiem wezwał do wyjaśnienia pozycji formularzy cenowych, co do których istniały rozbieżności przekraczające przyjęty przez niego próg tj. 10 %, mając na uwadze treść złożonych ofert. Wezwał Odwołującego Control i Odwołującego Ekotechnika o wyjaśnienie ceny projektu technologicznego z uwagi na poleganie na potencjale podmiotu trzeciego i konieczności udziału tego podmiotu w realizacji przedmiotu zamówienia, oraz siedzibę podmiotu trzeciego wzywając do wyjaśnienia kosztów związanych z przejazdami technologa / projektanta. Kosztów konstrukcji stalowych, podestów i przejść, podania informacji czy wykonawca wkalkulował ten koszt w cenę urządzeń lub gdzie skalkulował zakres związany z wykorzystaniem elementów stalowych. Wykonawca Control miał wyjaśnić czy pozycje wyszczególnione dla urządzeń zawierają tylko urządzenia czy jeszcze np. konstrukcje, podesty i przejścia, które zgodnie z SWZ należało uwzględnić odrębnie. Ceny Wykonawcy wskazane w pozycjach są istotne z punktu widzenia realizacji przedmiotu zamówienia, rozliczenia inwestycji, udzielanych zaliczek a ponadto wzbudziły wątpliwości Zamawiającego. Szczególnie istotne dla Zamawiającego było wyjaśnienie zakresu czynności oraz ujęcie wszystkich materiałów i kosztów koniecznych do realizacji zamówienia, stąd skierowane wezwanie. Od wykonawcy Ekotechnika Zamawiający oczekiwał wyjaśnienia kosztów urządzeń tj. rozdrabniarki czy separatorów, których wyjaśnienie nie może rodzić żadnych problemów, bowiem koszty tych urządzeń musiały być znane na etapie składania ofert. Wykonawca miał wyjaśnić czy pozycje wyszczególnione dla urządzeń zawierają tylko urządzenia czy jeszcze np. konstrukcje, podesty i przejścia, które zgodnie z SWZ należało uwzględnić odrębnie. W obydwu przypadkach koszt montażu także był istotny ponieważ zgodnie z SWZ wykonawcą dla tej osoby ma obowiązek zatrudnienia jej na podstawie umowy o pracę.

Zamawiający stwierdził, że nie jest prawdą, że podstawą skierowania wezwania jest to, że oferta Odwołującego odbiega o 3,76% od średniej arytmetycznej złożonych ofert, bowiem Zamawiający nie wzywał na podstawie art. 224 ust. 2 Pzp, a do wyjaśnienia istotnych części składowych Podstawą skierowania wezwania jest art. 224 ust. 1 ustawy

Pzp, a zatem odwoływanie się do wartości 30%, jako granicznej w zakresie średniej arytmetycznej złożonych ofert czy wartości szacunkowej zamówienia jest bezpodstawne i nie wnosi nic do sprawy. Istotne jest bowiem to, że w ofercie Odwołującego ceny w wyszczególnionych w wezwaniu pozycjach odbiegają od dokonanych przez Zamawiającego szacunków oraz cen wskazanych w tych pozycjach w pozostałych ofertach. Zamawiający zgodnie z art. 224 ust. 1 ustawy Pzp ma zawsze prawo wezwać wykonawcę do złożenia wyjaśnień w sytuacji, w której ma wątpliwości co do dokonanych kalkulacji. Brzmienie art. 224 ust. 1 ustawy Pzp jest w tym zakresie bezdyskusyjne i wskazuje na fakultatywną przesłankę wezwania, polegająca na uznaniu przez Zamawiającego, że wykonawca winien wyjaśnić wątpliwości co do kalkulacji ceny oferty w niektórych pozycjach.

W dalszej kolejności Zamawiający wskazał, że niezasadne są twierdzenia Odwołujących, że skoro cena w niniejszym postępowaniu jest ceną ryczałtową to oznacza, że elementy składowe ceny są bez znaczenia dla Zamawiającego, bowiem Wykonawca i tak otrzyma wyłącznie wynagrodzenie ryczałtowe. Zamawiający bowiem sformułował formularze cenowe, które co do zakresu i wartości mają istotne znaczenie bowiem mają odniesienie zarówno w zakresie odbiorów § 4 umowy oraz rozliczenia cząstkowego § 8 umowy. Ma to szczególnie znaczenie wobec okoliczności, że „zaniżenie ceny nie musi być zawsze wynikiem zamierzonego zaoferowania ceny niepokrywającej kosztów wykonania usługi, ale także omyłkowego niewliczenia w cenę kosztu elementu przedmiotu zamówienia, którego Zamawiający wymagał, a Wykonawca przez omyłkę czy przeoczenie nie skalkulował. Wówczas cena też może budzić wątpliwości co do swojej realności i w ramach wyjaśnień można ustalić, że Wykonawca nie zaoferował wykonania całości przedmiotu zamówienia" (KIO 2278/18).

W zakresie terminu do złożenia wyjaśnień ceny Zamawiający stwierdził m.in., że przekazał ogłoszenie o zamówieniu do publikacji w SIMAP w dniu 16 lutego 2022 r., które zostało opublikowane w SIMAP i zamieszczone na stronie internetowej prowadzonego postępowania w dniu 21 lutego 2022 roku. Ostateczny termin składania ofert został wyznaczony na dzień 20 kwietnia 2022 roku co oznacza, że na przygotowanie ofert wszyscy Wykonawcy mieli 59 dni (od daty przekazania ogłoszenia o zamówieniu do SIMAP do dnia, w którym nastąpiło otwarcie ofert upłynęło 64 dni). Okres od publikacji treści SWZ do dnia składania ofert to zdaniem Zamawiającego czas w jakim Wykonawca w sposób należyty jest zobowiązany do zapoznania się z treścią dokumentacji postępowania, ale również zgromadzenia wszelkich informacji, dokumentów pozwalających na dokonanie kalkulacji ceny oferty w sposób rzetelny i staranny. Tym bardziej, że w toku prowadzonego postępowania Zamawiający wychodząc naprzeciw wnioskom wykonawców przesuwał termin składania ofert, zmieniał zakres/ilość dokumentów wymaganych na etapie postępowania. Pismem z dnia 21.03.2022 r. ograniczył ilość przedmiotowych środków dowodowych z 9 do 3 zezwalając na ich sporządzenie i złożenie dopiero na etapie realizacji zamówienia. Tym samym zakres czynności dla wykonawców został sprowadzony do minimum. Zamawiający skierował wezwania w dniu 28 kwietnia 2022 roku (czwartek) i wyznaczył termin na złożenie wyjaśnień do dnia 6 maja 2022 roku (piątek) - oznacza to, że Wykonawcy poza dniem skierowania wezwania (28.04) mieli co najmniej 8 dni na sporządzenie wyjaśnień - w tym co najmniej 5 dni roboczych (29.04, 02.05, 04.05, 05.05, 06.05). Niezasadne jest zatem twierdzenie Odwołującego Control, że miał on tylko 3 dni robocze, bowiem nie ma powodu do tego, aby pomijać dzień 2 maja, który jest dniem pracującym oraz dzień 6 maja, bowiem Zamawiający nie wyznaczył terminu końcowego konkretną godziną, a zatem Wykonawca miał czas na złożenie wyjaśnień do końca dnia 6 maja. W związku z tym wyznaczony na sporządzenie wyjaśnień termin był realny i rozsądny czas, szczególnie, że Wykonawcy mieli 59 dni na przygotowanie swoich ofert, w tym na zdobycie ofert poddostawców i podwykonawców. W ocenie Zamawiającego nie ma zatem przeszkód, aby w terminie 8 dni kalendarzowych, a 5 dni roboczych przygotować stosowne wyjaśnienia, szczególnie że skierowane wezwanie precyzyjnie wskazuje wyjaśnień których elementów ceny Zamawiający oczekuje. Zamawiający stoi na stanowisku, że dokumentami od podwykonawców czy poddostawców Wykonawca winien dysponować już na etapie złożenia oferty, bowiem jeśli takich dokumentów nie ma, to w jaki sposób skalkulował cenę swojej oferty? Czy zadeklarował udział tych podmiotów w realizacji zamówienia? Brak takiej dokumentacji może tylko potwierdzać słuszność obaw Zamawiającego, że Odwołujący mógł swojej ofercie źle oszacować pewne elementy zamówienia, w tym na przykład któreś z nich zupełnie pominąć.

Wykonawcy wspólnie ubiegający się o udzielenie zamówienia - Konsorcjum: Sutco-Polska sp. z o.o., Sutco RecyclingTechnik GmbH (dalej wspólnie: „Przystępujący")) zgłosili przystąpienie do postępowania odwoławczego po stronie Zamawiającego, stając się uczestnikiem postępowania. W piśmie z 23 maja 2022 r. Przystępujący wniósł o oddalenie obydwu odwołań jako bezzasadnych.

Na rozprawie Strony i Przystępujący podtrzymali swoje stanowiska.

Izba dopuściła dowody z dokumentacji postępowania złożonej przez Zamawiającego oraz dowody złożone na rozprawie przez Odwołującego w postaci: wyciągu z odpowiedzi Zamawiającego na pytania wykonawców, zestawienia projektów Sutco-Polska, korespondencji e-mail z podwykonawcą (bez daty) oraz Zamawiającego w postaci: Wykazu cen, ujednoliconego wzoru umowy, ustalenia szacunkowej wartości zamówienia z 1 lutego 2022 r., tabeli porównawczej składników w poszczególnych ofertach do średniej arytmetycznej złożonych ofert (odpowiednio dla asortymentu), tabeli porównawczej składników w poszczególnych ofertach do wyceny MPO sp. z o.o. (odpowiednio dla asortymentu), oferty dotyczącej automatycznej belownicy z 15 lutego 2022 r., zestawienia przedmiotowych środków dowodowych, których Zamawiający pierwotnie wymagał w SWZ, a z których zrezygnował na wniosek wykonawcy z 10 marca 2022 r., 3 plików zdjęć obrazujących elementy stalowe z zaznaczeniem na jednym z plików, że zdjęcia dotyczą sortowni odpadów selektywnie zbieranych.

Krajowa Izba Odwoławcza rozpoznając odwołanie, uwzględniając dokumentację postępowania oraz stanowiska Stron i Przystępującego, a także zgromadzone dowody, ustaliła i zważyła co następuje:

Odwołanie nie zawiera braków formalnych. Wpis w prawidłowej wysokości został wniesiony w ustawowym terminie. Nie została wypełniona żadna z przesłanek skutkujących odrzuceniem odwołania, o których mowa w art. 528 ustawy Pzp.

Wykazując swoje uprawnienie do skorzystania ze środków ochrony prawnej Odwołujący Control i Odwołujący Ekotechnika podali m.in., że złożyli ważną ofertę w postępowaniu, zaś nieuzasadnione wezwanie do wyjaśnień może prowadzić do pozbawienia ich możliwości pozyskania zamówienia lub znacznego opóźnienia rozstrzygnięcia postępowania, co wiąże się nie tylko ze szkodą dla Odwołujących w postaci niepozyskania zamówienia, bądź pozyskania go w późniejszym terminie, co oznacza znaczny wzrost kosztów jego realizacji, ale także z ujawnieniem istotnych informacji, stanowiących tajemnicę przedsiębiorstwa Odwołujących w zakresie kluczowych informacji mających wpływ na funkcjonowaniu na rynku inwestycji ekologicznych. Zaskarżona czynność może także mieć wpływ na wynik postępowania. Bezpodstawne badanie składowych cen w ofercie wydłuży proces przetargowy, co może wpłynąć na wygaśnięcie ważności ofert i doprowadzić do utraty możliwości zawarcia umowy.

W ocenie Izby Odwołujący legitymuje się uprawnieniem do skorzystania w przedmiotowym postępowaniu ze środków ochrony prawnej. Zostały bowiem wypełnione przesłanki, o których mowa w art. 505 ust. 1 ustawy Pzp. Odwołujący złożył ofertę w postępowaniu i w przypadku potwierdzenia się zarzutów odwołania mógłby liczyć na zawarcie umowy i uzyskanie korzyści z niej wynikających.

Izba oddaliła opozycję Odwołującego Control i Odwołujacego Ekotechnika wobec przystąpienia do postępowania odwoławczego po stronie Zamawiającego konsorcjum Konsorcjum: Sutco-Polska Sp. z o.o., Stucto Recycling Technik GmbH z uwagi na brak podniesienia przez Odwołujących, a w konsekwencji brak uprawdopodobnienia, że wykonawca ten nie ma interesu w tym, aby odwołania zostały rozstrzygnięte na korzyść Zamawiającego. Stosownie bowiem do przepisu art. 526 ust. 2 Pzp Izba uwzględnia opozycję, jeżeli zgłaszający opozycję uprawdopodobni, że wykonawca nie ma interesu w uzyskaniu rozstrzygnięcia na korzyść strony, do której przystąpił. W przeciwnym wypadku Izba oddala opozycję.

Izba ustaliła, co następuje:

Zgodnie z rozdziałem XVI SWZ zawierającym sposób obliczenia ceny, cena oferty musi wynikać z załączanego do oferty wypełnionego Wykazu cen sporządzonego według wzoru stanowiącego załącznik nr 8 do SWZ.

Stosownie do załącznika nr 3 do SWZ Formularz ofertowy: (...)

1. Po zapoznaniu się ze Specyfikacją Warunków Zamówienia, zwanej dalej „SWZ" my niżej podpisani deklarujemy, iż podejmujemy się realizacji przedmiotu niniejszego zamówienia na warunkach przedłożonych przez Zamawiającego w SWZ za kwotę (cenę oferty):

BRUTTO:..... zł (słownie złotych:.....)

VAT: .....% tj.....zł.

NETTO: ..... zł (słownie złotych:.....)

Cena ta została obliczona na podstawie formularza Wykazu cen sporządzonego według wzoru stanowiącego zał. nr 8 do SWZ, który stanowi zał. nr.....do niniejszej oferty.

2. Oświadczamy, że w cenie oferty, o której mowa w pkt. 1, uwzględniliśmy wszystkie koszty związane z realizacją przedmiotu zamówienia wynikających wprost z treści SWZ jak również te nieujęte w SWZ, a bez których nie można wykonać zamówienia zgodnie z normami i obowiązującymi przepisami. (.)

Zgodnie z załącznikiem 8 do SWZ: WYKAZ CEN

Zestawienie	Opis	Kwota netto
		[PLN]
Tabela Nr 1	Dokumentacja projektowa	
Tabela nr 2	Maszyny i Urządzenia	
Tabela Nr 3	Usługi	
	SUMA CAŁKOWITA NETTO [PLN] (do przeniesienia do formularza oferty)	
	NALEŻNY PODATEK VAT (do przeniesienia do formularza oferty)	
	CENA OFERTY BRUTTO [PLN] (do przeniesienia do formularza oferty)	

Podatek VAT zostanie zapłacony w kwotach należnych według przepisów prawa polskiego w sprawie podatku VAT.

Tabela Nr 1

DOKUMENTACJA PROJEKTOWA

L.p.	Opis	Kwota netto [PLN]
1	Projekt technologiczny	
2	Dokumentacja Techniczno - Ruchowa*)	
3	Instrukcje rozruchu i ruchu próbnego, instrukcje obsługi i eksploatacji wraz z instrukcjami BHP i P.poż oraz dokumentacja powykonawcza	
	RAZEM (NETTO) (do przeniesienia do tabeli Wykaz Cen)	

*) Koszt Dokumentacji Techniczno- Ruchowej należy ująć w cenie dostaw maszyn i urządzeń.

Tabela Nr 2

MASZYNY I URZĄDZENIA

L.p.	Opis	Jednostka	Ilość*)	Kwota netto [PLN]
1	Rozrywarka drutu	szt.		
2	Przenośniki taśmowe	kpl		
3	Rozdrabniarka odpadów	szt.		

L.p.	Opis	Jednostka	Ilość*)	Kwota netto [PLN]
4	Przesiewacz wibracyjny kaskadowy	szt.		
5	Separator elektromagnetyczny	szt.		
6	Separatory optyczne	szt.		
7	Automatyczna prasa belująca	szt.		
8	Automatyczna stacja załadunku kontenerów	kpl		
9	Sterownia wraz z instalacją sterowania i automatyki wraz z szafami sterowniczymi	kpl		
10	Konstrukcje stalowe i pomosty	kpl		
	RAZEM (NETTO) (do przeniesienia do tabeli Wykaz Cen)			

*) ilość winna wynikać z oferowanych przez Wykonawcę rozwiązań projektowych

Uwaga:

W w/w tabeli Wykonawca winien wyszczególnić wszystkie maszyny i urządzenia w ilościach wynikających z oferowanych przez Wykonawcę rozwiązań projektowych. Poszczególne pozycje tabeli będą stanowiły podstawę do odbiorów częściowych dostaw.

Tabela Nr 3

USŁUGI

L.p.	Opis	Kwota netto [PLN]
1	Koszt organizacji zaplecza	
2	Montaż instalacji	
3	Rozruch i ruch próbny	
4	Szkolenie personelu	
5	Serwis w okresie gwarancyjnym	
	RAZEM (NETTO) (do przeniesienia do tabeli Wykaz Cen)	
	Należny podatek VAT	

Załącznik nr 2 do SWZ, zawierający projekt umowy zawiera postanowienia:

§ 1 Przedmiot Umowy

1. Przedmiot Umowy stanowi kompletna w pełni zmechanizowana i zautomatyzowana

instalacja przygotowania (poprzez proces sortowania) odpadów tworzyw sztucznych - folii PE do recyklingu i w szczególności obejmuje:

1) zaprojektowanie technologii,

2) dostawę i montaż wyposażenia technologicznego,

3) szkolenie personelu Zamawiającego,

4) rozruch i ruch próbny instalacji,

5) przeglądy i usługi serwisowe w okresie gwarancji jakości,

6) zapewnienie nadzoru autorskiego w zakresie objętym przedmiotem Umowy w okresie realizacji całego przedsięwzięcia

(■■■)

§ 2 OBOWIĄZKI WYKONAWCY

1. Wykonawca zobowiązany jest także do:

(■■■)

4) przedłożenia Zamawiającemu w terminie 10 dni roboczych od daty podpisania

Umowy:

a) rysunków z propozycją rozmieszczenia poszczególnych elementów linii technologicznej z uwzględnieniem obejść i pomostów dla przeprowadzenia konserwacji i przeglądów,

b) danych dotyczących zapotrzebowania instalacji na media, co najmniej dla zakresów: energii elektrycznej, powietrza technologicznego i wody;

c) danych dotyczących emisji zanieczyszczeń w zakresie powietrza, ścieków oraz poziomu hałasu

d) wytycznych do projektu budowlanego i projektów wykonawczych w zakresie: posadowienia maszyn i urządzeń, lokalizacji, wielkości otworów technologicznych i kanałów technologicznych, lokalizacji bram wjazdowych, wentylacji z uwzględnieniem odpylania, zasilania i oświetlenia, instalacji wodno-kanalizacyjnych itp.

e) innych ważnych informacji dotyczących zaproponowanej technologii,

f) oświadczenia Wykonawcy, iż wszystkie dostarczone w ramach przedmiotu

Umowy:

- przenośniki wznoszące, podające, przyspieszające do separatorów optycznych zostały wytworzone przez jednego producenta,

- separatory optyczne zostały wytworzone przez jednego producenta.

oraz spełniają wszystkie wymagania określone w treści Specyfikacji warunków zamówienia (wraz z załącznikami).

§ 4 ODBIÓR ROBÓT

1. Strony ustalają następujące rodzaje odbiorów:

1) odbiory częściowe, zgodnie z formularzem Wykazu cen Wykonawcy, zwanym dalej „Wykazem cen”, stanowiącym integralną część zał. nr 1 do Umowy,

2) odbiór końcowy,

3) odbiór gwarancyjny.

2. Zamawiający będzie dokonywał odbiorów dostaw i usług stanowiących przedmiot Umowy z uwzględnieniem następujących postanowień:

1) W odniesieniu do odbiorów częściowych:

a) odbioru częściowego dokonuje się w celu prowadzenia bieżących częściowych rozliczeń z Wykonawcą zgodnie z wyszczególnieniem zawartym w Wykazie cen i zasadami określonymi w § 8 ust. 2 Umowy tj.:

- odbiory za realizację dokumentacji projektowej (tabela nr 1 Wykazu cen) zostaną dokonane w nie więcej niż 2 etapach (częściach),

- odbiory za realizację dostawy maszyn i urządzeń (tabela nr 2 Wykazu cen) zostaną dokonane w nie więcej niż 10 etapach (częściach),

- odbiory za realizację usług (tabela nr 3 Wykazu cen) zostaną dokonane w nie więcej niż 5 etapach (częściach).

b) podstawę odbiorów częściowych stanowić będą zrealizowane w całości poszczególne elementy (pozycje) tabeli nr 1, tabeli nr 2 oraz tabeli nr 3 Wykazu cen.

2) W odniesieniu do odbioru końcowego:

a) odbioru końcowego dokonuje się po zakończeniu realizacji całego przedmiotu Umowy,

b) odbioru końcowego dokonuje się na podstawie przedłożonego przez przedstawiciela Wykonawcy (koordynatora projektu) oświadczenia o zakończeniu realizacji przedmiotu Umowy,

c) odbiór końcowy jest przeprowadzany komisyjnie przy udziale upoważnionych przedstawicieli Zamawiającego oraz w obecności Wykonawcy, w terminie 5 dni roboczych od daty zgłoszenia wykonania całości dostaw i usług objętych zakresem przedmiotu Umowy,

d) w czasie odbioru końcowego Wykonawca winien dostarczyć Zamawiającemu kompletną dokumentację powykonawczą w 3 egzemplarzach w wersji papierowej i w wersji elektronicznej. Wykonawca zobowiązany jest do dokonania koniecznych pomiarów, sprawdzeń i prób, przed zgłoszeniem gotowości do odbioru końcowego,

e) komisja dokonująca odbioru końcowego sporządza protokół odbioru końcowego przedmiotu Umowy. Odbiór końcowy potwierdza wykonanie i zakończenie realizacji całego zakresu prac objętego przedmiotem Umowy.

(.)

§ 8 Wynagrodzenie Wykonawcy

1. Wykonawca z tytułu wykonania przedmiotu Umowy otrzyma ryczałtowe wynagrodzenie w łącznej kwocie (cena oferty): NETTO: .... zł (słownie złotych: ..

00/100) VAT: 23 % tj. ... złotych BRUTTO: ..... zł

(słownie złotych: ..... 00/100)

2. Wynagrodzenie, o którym mowa w ust. 1 płatne będzie w etapach zgodnie z formularzem Wykazu cen (tabela nr 1, tabela nr 2 oraz tabela nr 3) z tym zastrzeżeniem, że dla etapów wskazanych w tabeli nr 2 Wykazu cen:

1) 80 % wartości dla każdego z etapów tam wskazanych płatne będzie na podstawie protokołu odbioru częściowego,

2) pozostała część wynagrodzenia zostanie zapłacona Wykonawcy po podpisaniu protokołu odbioru końcowego, wystawionego po zakończonym (z wynikiem pozytywnym) rozruchu i ruchu próbnym.

3. Podstawą do wystawienia faktur z tytułu wykonania przedmiotu Umowy (poszczególnych etapów) są podpisane przez Strony protokoły odbioru częściowego, o którym mowa w § 4 ust. 2 pkt. 1 Umowy a w odniesieniu do wykonania całego zakresu przedmiotu Umowy - protokół odbioru końcowego.

§ 10 Zaliczki

1. Zamawiający dopuszcza wypłatę Wykonawcy zaliczki na poczet zakupu wraz z dostawą maszyn i urządzeń, o których mowa w tabeli 2 Wykazu cen na następujących zasadach:

1) wysokość zaliczki do 30 % wartości maszyn i urządzeń, o których mowa w Wykazie

cen,

2) zaliczka zostanie wypłacona po zatwierdzeniu przez Zamawiającego projektu technologii instalacji, o której mowa w § 2 ust. 2 pkt. 3 Umowy,

3) zaliczka będzie rozliczana z płatności przysługujących Wykonawcy za realizację zadań wskazanych w tabeli nr 2 Wykazu cen do jej wyczerpania.

(...)

W postępowaniu oferty złożyło trzech wykonawców, tj. Odwołujący Control, Odwołujący Ekotechnika oraz Przystępujący.

Zamawiający wezwał wszystkich wykonawców do wyjaśnień cen wskazanych w wezwaniach elementów ceny ich ofert.

W wezwaniach skierowanym do Odwołującego Control i Odwołującego Ekotechnika Zamawiający jako podstawę wezwania podał przepis z art. 224 ust. 1 Pzp i wskazał, że wzywa Wykonawcę do wyjaśnienia istotnych części składowych ceny oferty, które w ocenie Zamawiającego budzą wątpliwości co do możliwości wykonania przedmiotu zamówienia zgodnie z wymaganiami określonymi w dokumentach zamówienia. W związku z tym, że cena zaproponowana dla niżej wymienionych pozycji odbiega od średniej arytmetycznej cen wszystkich złożonych ofert w przedmiotowym postępowaniu tym samym budzi wątpliwości Zamawiającego: (...). Zamawiający wskazał pozycje odnośnie których oczekuje wyjaśnień, które zostały przedstawione w powyżej przytoczonej odpowiedzi na odwołanie wraz ze wskazaniem czego w szczególności powinny dotyczyć wyjaśnienia.

Izba zważyła, co następuje:

Odwołania w sprawach KIO 1221/22 i KIO 1234/22 podlegają oddaleniu. Nie potwierdziły się bowiem zarzuty w nich postawione, w granicach których Izba orzeka.

Stosownie do art. 224 ust. 1 Pzp: Jeżeli zaoferowana cena lub koszt, lub ich istotne części składowe, wydają się rażąco niskie w stosunku do przedmiotu zamówienia lub budzą wątpliwości zamawiającego co do możliwości wykonania przedmiotu zamówienia zgodnie z wymaganiami określonymi w dokumentach zamówienia lub wynikającymi z odrębnych przepisów, zamawiający żąda od wykonawcy wyjaśnień, w tym złożenia dowodów w

zakresie wyliczenia ceny lub kosztu, lub ich istotnych części składowych.

Zgodnie z art. 16 pkt 1 i 3 Pzp: Zamawiający przygotowuje i przeprowadza postępowanie o udzielenie zamówienia w sposób: 1) zapewniający zachowanie uczciwej konkurencji oraz równe traktowanie wykonawców; 3) proporcjonalny.

Na wstępie zaznaczenia wymaga, ze w sprawie nie jest sporne, że Zamawiający wezwał do wyjaśnień ceny wszystkich wykonawców biorących udział w postępowaniu, jak też, że wszyscy wykonawcy złożyli wyjaśnienia ceny w zakreślonym przez Zamawiającego terminie, co zostało stwierdzone na rozprawie przez Zamawiającego i przyznane przez Odwołujących. Oznacza to, że złożenie wyjaśnień w zakreślonym przez Zamawiającego terminie było możliwe.

Następnie zauważenia wymaga, że żaden z Odwołujących nie zakwestionował, iż elementy składowe ceny ich ofert, co do których Zamawiający wymagał wyjaśnień, nie są elementami istotnymi. Oznacza to, że w tym aspekcie nie ma sporu pomiędzy stronami. Spór dotyczy tego, czy w okolicznościach analizowanej sprawy, Zamawiający mógł powziąć wątpliwości co do możliwości należytego wykonania zamówienia za podane w ofertach ceny elementów wskazanych w wezwaniach do wyjaśnień i mogły się one wydawać Zamawiającemu rażąco niskie, a w konsekwencji mógł skierować do wykonawców wezwanie do ich wyjaśnień, a jeśli tak, to czy zakreślił na ich złożenie termin, który był realny.

Zauważenia wymaga, że ww. przepis 224 ust. 1 Pzp nie precyzuje okoliczności, które mogą powodować po stronie zamawiającego wątpliwości, a jedynie wskazuje na to, że w sytuacji, gdy takie poweźmie, m.in. co do cen istotnych części składowych, które w jego ocenie mogą stwarzać zagrożenie, że przedmiot zamówienia nie zostanie wykonany zgodnie m.in. z postawionymi przez niego wymaganiami, jest obowiązany zażądać od wykonawców wyjaśnień. Oznacza to, że Zamawiający mając m.in. na uwadze dokonaną przez siebie analizę cen na rynku, własne doświadczenie przy udzielaniu podobnych zamówień, ceny złożonych w postępowaniu ofert, a przede wszystkim specyfikę zamówienia, dokonuje oceny pozyskanych ofert w aspekcie możliwości należytego wykonania umowy za podane w nich ceny i - w razie powzięcia w tym zakresie wątpliwości - występuje do wykonawców o wyjaśnienia tych cen.

Ze stanowiska Zamawiającego oraz przedłożonych na rozprawie przez niego tabel porównawczych wynika, że Zamawiający powziął wątpliwości co do tych elementów składowych ceny ofert Odwołujących, co do których uznał, że są istotne, a których różnice w cenach w poszczególnych ofertach przekraczały 10%. W sprawie nie zostało wykazane, aby w okolicznościach analizowanej sprawy, zważywszy na przedmiot zamówienia, ten poziom różnic cen w odniesieniu do istotnych elementów ceny, nie uprawdopodabniał uzasadnionych wątpliwości Zamawiającego, co do możliwości należytego wykonania zamówienia.

W związku z powyższym należy uznać, że Zamawiający nie naruszył przepisu 224 ust. 1 Pzp występując do Odwołujących o wyjaśnienia istotnych elementów cen ich ofert.

Nadto nie zostało wykazane, aby treść tych wezwań, wskazywała na inny cel ich skierowania do wykonawców, niż wynikający z ww. przepisu. Nie zostało bowiem wykazane przez Odwołujących, aby rodzaj oczekiwanych przez Zamawiającego informacji wykraczał poza przedmiot zamówienia. Wbrew twierdzeniom Odwołujących, okoliczność, iż Zamawiający w marcu 2022 r., na wystąpienie jednego z wykonawców zrezygnował z obowiązku złożenia przez wykonawców już na etapie składania ofert niektórych dokumentów, wymienionych w rozdziale VI pkt 1 lit. b), c), d), f), g), i) SWZ, na co wskazuje dowód w postaci odpowiedzi Zamawiającego na pytania, złożony przez Odwołującego i Zmawiającego, nie oznacza, że żądany zakres wyjaśnień pozostaje bez związku z postanowieniami SWZ. Jak zostało bowiem wykazane przez Zamawiającego i co wynika z § 2 ust. 1 pkt 4 powyżej przedstawionego wzoru umowy, a co w swojej argumentacji obydwaj Odwołujący pomijają, nie tyle doszło do całkowitego zrezygnowania z tych dokumentów, ile do przesunięcia w czasie obowiązku ich złożenia. Zgodnie bowiem ze zmienioną SWZ obowiązek ten został przeniesiony na etap po zawarciu umowy z wybranym wykonawcą, a ich dostarczenie ma nastąpić w terminie 10 dni roboczych od dnia podpisania umowy. W sytuacji zatem, gdy każdy z wykonawców biorących udział w postępowaniu liczy na to, że to jego oferta zostanie wybrana jako najkorzystniejsza, musi uwzględniać także to, że to na nim będzie spoczywał obowiązek przedłożenia tych dokumentów, co oznacza, że musi być na to przygotowany. W swojej kalkulacji ceny oferty każdy z wykonawców powinien uwzględnić wszystkie elementy składające się na przedmiot zamówienia oraz związane z wymogami postawionymi przez Zamawiającego. Należy bowiem mieć na uwadze, że kalkulacja ceny oferty musi być sporządzona rzetelnie i uwzględniać oczekiwania Zamawiającego

przedstawione w dokumentach zamówienia.

W ocenie Izby wbrew stanowisku Odwołującego Control i Odwołującego Ekotechnika elementy składowe ceny mają znaczenie dla Zamawiającego, gdyż będą one wpływać na rozliczenie pomiędzy Zamawiającym a Wykonawcą. Zostało wykazane przez Zamawiającego, że potrzeba uzyskania wyjaśnień wynika ze specyfiki zamówienia i przyjętego systemu odbiorów, w tym odbiorów częściowych i związanych z tym rozliczeń, jak również wypłatą zaliczek.

Jak słusznie zauważyli Odwołujący, wynagrodzenie za wykonanie zamówienia zostało określone jako wynagrodzenie ryczałtowe, co wynika m.in. z § 8 ust. 1 projektu

Umowy przedstawionego powyżej, jednak uszło uwadze Odwołujących, że zgodnie z formularzem cenowym stanowiącym załącznik nr 3 do SWZ, miało być ono obliczone na podstawie formularza Wykazu cen, sporządzonego według wzoru określonego w załączniku nr 8 do SWZ i stanowiącego załącznik do oferty, jak też, że Zamawiający przewidział odbiory i płatności częściowe, a także zaliczki.

Załącznik nr 8 do SWZ Wykaz cen obejmował 3 tabele: nr 1 - Dokumentacja projektowa, nr 2 - Maszyny u urządzenia, nr 3 - Usługi. Zgodnie z § 4 ust. 1 pkt 1 zostały ustalone odbiory częściowe, zgodnie z formularzem Wykazu cen Wykonawcy, stanowiącym integralną część załącznika nr 1 do umowy, które w myśl ust. 2 pkt 1 mają być dokonywane w celu prowadzenia bieżących częściowych rozliczeń z Wykonawcą, zgodnie z wyszczególnieniem zawartym w Wykazie cen i zasadami określonymi w § 8 ust. 2 umowy. Z § 8 ust. 3 umowy wynika, że podstawą do wystawienia faktur z tytułu poszczególnych etapów umowy są podpisane przez Strony protokoły odbioru częściowego, a w odniesieniu do wykonania całego zakresu zamówienia - protokół odbioru końcowego. Z kolei z § 10 ust. 1 wynika, że Zamawiający dopuścił wypłatę na rzecz Wykonawcy zaliczek na poczet zakupu wraz z dostawą maszyn i urządzeń, o których mowa w tabeli nr 2 Wykazu cen na określonych zasadach. Jest zatem zrozumiałe oczekiwanie wyjaśnień w zakresie sposobu skalkulowania tych elementów.

Tak więc to, że zostało przewidziane przez Zamawiającego wynagrodzenie ryczałtowe, nie oznacza, że poszczególne istotne elementy ceny nie mogą być przez niego badane pod względem ich realności. Badanie oferty pod kątem rażąco niskiej ceny, podobnie jak kalkulacja ceny oferty przez wykonawcę, następuje bowiem niezależnie od określonego w SWZ rodzaju wynagrodzenia. Wykonawca, jako profesjonalista, także w przypadku wynagrodzenia ryczałtowego, kalkulując cenę oferty, powinien uczynić to rzetelnie, z uwzględnieniem w szczególności przedmiotu zamówienia, jego zakresu i sposobu jego realizacji, zaś zamawiający dokonując oceny oferty, w sytuacji gdy poweźmie wątpliwości w tym zakresie, uruchamia procedurę wyjaśnień.

Zgodzić się należy z Zamawiającym, że gdy przed złożeniem oferty w postępowaniu wykonawcy mieli pozyskane właściwe oferty od podwykonawców, pozwalające na sporządzenie rzetelnej kalkulacji ceny ich oferty, znajdowali się w sytuacji, w której udzielenie odpowiedzi na wezwanie w zakreślonym przez Zamawiającego terminie nie powinno nastręczać problemów, co potwierdza złożony przez Zamawiającego dowód w postaci oferty na zakup automatycznej belownicy, jak też, to, że obaj Odwołujący to uczynili, tj. złożyli swoje wyjaśnienia w zakreślonym przez Zamawiającego terminie. Nadto Odwołujący Ekotechnika złożył w postępowaniu odwoławczym pismo z 15.04.2022 r. wskazujące na posiadanie propozycji cenowych wymienionych usług i maszyn dla przedmiotowego zadania w tej dacie, a zatem przed otrzymaniem wezwania do wyjaśnień. Powyższe potwierdza to realność zakreślonego przez Zamawiającego terminu na złożenie wyjaśnień.

W posumowaniu należy stwierdzić, że w sytuacji, gdy Zamawiający dla istotnych elementów wyceny ofert stwierdził ww. różnice w cenach, mając na uwadze specyfikę przedmiotu zamówienia oraz przyjęty system odbiorów i płatności, wykazując staranność w działaniu, kierując do Odwołujących wezwania do wyjaśnień, nie naruszył ww. przepisu Pzp. W skierowanych do Odwołujących wezwaniach do wyjaśnień Zamawiający nie tylko określił elementy, które wymagają wyjaśnień, ale też podał jakich wyjaśnień oczekuje. Wykonawcy mieli zatem wiedzę co do zakresu oczekiwanych przez Zamawiającego wyjaśnień. Nadto, jak stwierdził na rozprawie Odwołujący Ekotechnika, sprostanie oczekiwaniom Zamawiającego wyrażonym w wezwaniu do wyjaśnień rażąco niskiej ceny, byłoby możliwe w zakreślonym przez niego terminie, gdyby Zamawiający nie zrezygnował z ww. oczekiwań co do przedmiotowych środków dowodowych, wymienionych w Rozdziale VI lit. b, c, d, f, g, i. Jak natomiast wyżej wskazano, oczekiwania te zostały jedynie przesunięte na okres po wyborze najkorzystniejszej oferty, a zatem obciążały wykonawców, bowiem musieli się liczyć

z ich przygotowaniem i uwzględnić w kalkulacji ceny oferty. Nie zostało zatem wykazane przez Odwołujących, aby cel wezwań był inny, niż to wynika z ich treści, jak też aby termin na ich złożenie był nierealny.

Nie zostało także wykazane, aby Zamawiający przygotował i przeprowadzał postępowanie w sposób niezapewniający zachowania uczciwej konkurencji, czy równego traktowania wykonawców, jak też w sposób nieproporcjonalny.

Zamawiający wezwał wszystkich wykonawców do wyjaśnień istotnych elementów ceny ich ofert oraz wykazał, że wezwania dotyczyły tych elementów, co do których występowały różnice w cenach ofert przekraczające przyjęty przez niego pułap. W wezwaniach zostało wskazane, w jakim zakresie Zamawiający oczekuje wyjaśnień. Wszyscy wykonawcy udzielili wyjaśnień w zakreślonym terminie.

Odwołujący nie wykazali, że wezwania do wyjaśnień wykraczają poza to, co jest potrzebne dla osiągnięcia zakładanego celu wyjaśnień, tj. usunięcia wątpliwości Zamawiającego co do realistycznego charakteru cen istotnych elementów zamówienia i możliwości należytego wykonania zamówienia. Nie zostało wykazane, aby wymagany dla udzielenia wyjaśnień nakład pracy i koszty były nieproporcjonalne do przedmiotu zamówienia. W zwykłym toku czynności wykonawcy powinni natomiast posiadać rzetelne dane potrzebne do prawidłowego skalkulowania składanych w postępowaniu ofert przed ich złożeniem.

Wskazania wymaga, że w świetle twierdzeń Zamawiającego na rozprawie odnośnie jego zamierzeń, polegających na wyodrębnieniu postępowania na budowę hali na instalację z infrastrukturą, której czas realizacji jest krótszy, niż cała pierwotnie zamawiana hala, ponieważ wynosi ok. 9 miesięcy, zaś w obecnym postępowaniu termin realizacji został wyznaczony na marzec 2024 roku, argumentacja Odwołujących dotycząca unieważnienia wcześniej przeprowadzanego postępowania na budowę hali, nie wskazuje na zasadność zarzutów odwołań. W sytuacji gdy Zamawiający, jako gospodarz postępowania, zamierza wyodrębnić budowę hali na instalację z infrastrukturą, co wiąże się z krótszym czasem realizacji zamierzenia, niż zakładany przy wcześniejszym zakresie postępowania, które zostało unieważnione, trudno przyjąć, że wskazywane przez Odwołujących unieważnienie postępowania na budowę wskazuje na postawienie wykonawcom wymagań nieadekwatnych do przedmiotu zamówienia i rzeczywistych potrzeb Zamawiającego, a jedynie stanowiących dla nich zbędne utrudnienia w postępowaniu.

Zgodnie z przepisem art. 554 ust. 1 pkt 1 ustawy NPzp, Izba uwzględnia odwołanie w całości lub w części, jeżeli stwierdzi naruszenie przepisów ustawy, które miało wpływ lub może mieć istotny wpływ na wynik postępowania o udzielenie zamówienia, konkursu lub systemu kwalifikowania wykonawców. W analizowanej sprawie nie stwierdzono zarzucanego przez Odwołujących przepisów ustawy Pzp, co musiało skutkować oddaleniem obydwu odwołań.

Mając powyższe na uwadze, na podstawie art. 553 zdanie pierwsze ustawy Pzp, orzeczono jak w pkt 1 sentencji.

Zgodnie z art. 557 ustawy Pzp, w wyroku oraz w postanowieniu kończącym postępowanie odwoławcze Izba rozstrzyga o kosztach postępowania odwoławczego. W

analizowanych Izba oddaliła odwołania. W związku z tym odpowiedzialność za wynik postępowania ponoszą Odwołujący Control i Odwołujący Ekotechnika.

Biorąc powyższe pod uwagę, o kosztach postępowania odwoławczego orzeczono stosownie do wyniku postępowania - na podstawie art. 557 i art. 575 ustawy Pzp oraz w oparciu o przepisy § 5 pkt 1 i 2 lit. b rozporządzenia Prezesa Rady Ministrów z dnia 30 grudnia 2020 r. w sprawie szczegółowych rodzajów kosztów postępowania odwoławczego, ich rozliczania oraz wysokości i sposobu pobierania wpisu od odwołania (Dz. U. z 2020 r. poz. 2437), przy uwzględnieniu maksymalnej kwoty wynagrodzenia pełnomocnika strony, wynikającej w ww. rozporządzenia.

Przewodniczący: .....