Sygn. akt KIO 2497/22

WYROK

z dnia 10 października 2022 r.

Krajowa Izba Odwoławcza - w składzie:

Przewodniczący: Maksym Smorczewski

Protokolant: Wiktoria Ceyrowska

po rozpoznaniu na rozprawie w dniu 5 października 2022 r. w Warszawie odwołania wniesionego do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej w dniu 23 września 2022 r. przez wykonawców wspólnie ubiegających się o udzielenie zamówienia PreZero Bałtycka Energia

spółka z ograniczoną odpowiedzialnością z siedzibą w Warszawie oraz Remondis spółka

z ograniczoną odpowiedzialnością z siedzibą w Warszawie w postępowaniu prowadzonym przez Miasto Stołeczne Warszawa przy udziale wykonawcy Miejskie Przedsiębiorstwo Oczyszczania w m. st. Warszawie z siedzibą w Warszawie zgłaszającego przystąpienie do postępowania odwoławczego po stronie zamawiającego

orzeka:

1. uwzględnia odwołanie i nakazuje Miastu Stołecznemu Warszawa unieważnienie czynności wezwania wykonawców wspólnie ubiegających się o udzielenie zamówienia

   PreZero Bałtycka Energia spółka z ograniczoną odpowiedzialnością z siedzibą w Warszawie oraz Remondis spółka z ograniczoną odpowiedzialnością z siedzibą w

   Warszawie do złożenia wyjaśnień w zakresie ceny oferty na realizację części 4 (zadania 8),

2. kosztami postępowania obciąża zamawiającego Miasto Stołeczne Warszawa i:

   2.1. zalicza w poczet kosztów postępowania odwoławczego kwotę 15 000 zł 00 gr (słownie: piętnaście tysięcy złotych zero groszy) uiszczoną przez wykonawców wspólnie ubiegających się o udzielenie zamówienia PreZero Bałtycka Energia

   spółka z ograniczoną odpowiedzialnością z siedzibą w Warszawie oraz Remondis spółka z ograniczoną odpowiedzialnością z siedzibą w Warszawie tytułem wpisu od odwołania,

   2.2. zasądza od Miasta Stołecznego Warszawa na rzecz wykonawców wspólnie ubiegających się o udzielenie zamówienia PreZero Bałtycka Energia spółka z ograniczoną odpowiedzialnością z siedzibą w Warszawie oraz Remondis spółka z ograniczoną odpowiedzialnością z siedzibą w Warszawie kwotę 18 600 zł 00 gr (słownie: osiemnaście tysięcy sześćset złotych zero groszy) stanowiącą koszty postępowania odwoławczego poniesione z tytułu wynagrodzenia pełnomocnika.

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 2021 r., poz. 1129 z późn. zm.) na niniejszy wyrok - w terminie 14 dni od dnia jego doręczenia - przysługuje skarga za pośrednictwem Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej do Sądu Okręgowego w Warszawie.

Przewodniczący: .....

Sygn. akt: KIO 2497/22

UZASADNIENIE

W dniu 23 września 2022 r. do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej wpłynęło odwołanie wykonawców wspólnie ubiegających się o udzielenie zamówienia PreZero Bałtycka Energia spółka z ograniczoną odpowiedzialnością z siedzibą w Warszawie oraz Remondis spółka z ograniczoną odpowiedzialnością z siedzibą w Warszawie (dalej jako „Odwołujący") na czynność wezwania Odwołującego „do złożenia wyjaśnień ceny oferty na realizację części 4 (zadania 8)", dokonaną w dniu 13 września 2022 r. przez zamawiającego - Miasto Stołeczne Warszawa (dalej jako „Zamawiający") - w postępowaniu o udzielenie zamówienia publicznego pod nazwą „Odbiór odpadów komunalnych z nieruchomości położonych w dzielnicach Bielany, Żoliborz, Praga-Południe, Praga-Północ, Rembertów, Wawer, Wesoła, Ursynów i Wilanów m.st. Warszawy (Zadania nr 1, 5, 6 i 8) Numer referencyjny: ZP/GP/271/IV-59/22" (dalej jako „Postępowanie") w części 4 zamówienia, dotyczącej zadania nr 8.

Odwołujący zarzucił naruszenie „art. 224 ust. 1 Pzp w zw. z art. 16 pkt 1 i 3 Pzp poprzez skierowanie do Odwołującego wezwania do złożenia wyjaśnień ceny oferty przy braku istnienia przesłanek (lub co najmniej ich niewykazania) do skierowania wezwania w tym trybie, w szczególności niewykazanie, czy i z jakich powodów cena oferty Odwołującego wydaje się Zamawiającemu rażąco niska lub budzi jego wątpliwości co do możliwości wykonania przedmiotu zamówienia zgodnie z wymaganiami z wymaganiami określonymi w dokumentach zamówienia lub wynikającymi z odrębnych przepisów. W sytuacji gdy obie ceny jednostkowe zaoferowane przez Odwołującego są cenami rynkowymi, niewiele niższymi od średniej arytmetycznej cen wszystkich złożonych ofert niepodlegających odrzuceniu (poniżej 30%) skierowanie do Odwołującego wezwania rodzącego domniemanie, iż jego cena jest rażąco niska i obligujące go do złożenia wyczerpujących wyjaśnień w sytuacji, w której brak jest ustawowych przesłanek do skierowania takiego wezwania, a Zamawiający nie sprecyzował, z czego wynikają jego wątpliwości i jakie okoliczności Odwołujący jest zobowiązany wyjaśnić, narusza dodatkowo zasadę proporcjonalności, uczciwej konkurencji i równego traktowania wykonawców".

Odwołujący wniósł o nakazanie Zamawiającemu „unieważnienia czynności wezwania Odwołującego do złożenia wyjaśnień ceny w trybie art. 224 ust. 1 Pzp, a dodatkowo (w przypadku złożenia przez Odwołującego wyjaśnień) niebrania ich pod uwagę przy ocenie ofert.".

Zamawiający wniósł o oddalenie odwołania.

Przystąpienie do postępowania odwoławczego po stronie zamawiającego zgłosił wykonawca Miejskie Przedsiębiorstwo Oczyszczania w m. st. Warszawie z siedzibą w Warszawie (dalej jako „Przystępujący"). Przystępujący wniósł o oddalenie odwołania.

W zakresie mającym istotne znaczenie dla rozstrzygnięcia sprawy Izba ustaliła, co następuje:

Zamawiający prowadzi Postępowanie z zastosowaniem przepisów ustawy z dnia 11 września 2019 r. - Prawo zamówień publicznych (dalej jako „Pzp") w trybie przetargu nieograniczonego. Wartość zamówienia przekracza progi unijne, o których mowa w art. 3 ust. 1 Pzp. Ogłoszenie o zamówieniu zostało opublikowane 13 kwietnia 2022 r. w Dzienniku Urzędowym Unii Europejskiej pod numerem 2022/S 073-195721.

W Postępowaniu przeprowadzono aukcję elektroniczną, w której, jak wskazano

w protokole Postępowania, wykonawcy wskazali następujące ceny:

Część 1 (Zadanie 1)				
Lp.	Nazwa wykonawcy	Adres wykonawcy	Cena brutto	Stawka za 1 km transportu 1 Mg odpadów
1.	BYŚ. W. B.	ARKUSZOWA 43 01-934 WARSZAWA PL 1180094315	457,00	0,32
2.	MIEJSKIE PRZEDSIĘBIORSTWO OCZYSZCZANIA W M. ST. WARSZAWIE Sp. z o.o.	ul. Obozowa 43 01-161 Warszawa PL 5272391342	526,00	0,49
3.	Lider konsorcjum: REMONDIS Sp. z o.o.	ul. Zawodzie 18 02-981 Warszawa PL 7280132515	486,00	0,74
	Członek konsorcjum: PreZero Bałtycka Energia Sp. z o.o.	Zawodzie 5 02-981 Warszawa		
4.	Przedsiębiorstwo Produkcyjno-Handlowo-Usługowe LEKARO J. Z.	Wola Ducka 70A 05-408 Glinianka PL 5321203465	459,00	0,36
5.	PARTNER SPÓŁKA Z OGRANICZONĄ ODPOWIEDZIALNOŚCIĄ SP.K.	Rytowa 1 03-046 Warszawa PL 5242702748	502,00	0,51
Część 2 (Zadanie 5)				
Lp.	Nazwa wykonawcy	Adres wykonawcy	Cena brutto	Stawka za 1 km transportu 1 Mg odpadów
1.	BYŚ W. B.	ARKUSZOWA 43 01-934 WARSZAWA PL 1180094315	471,00	0,36
2.	MIEJSKIE PRZEDSIĘBIORSTWO OCZYSZCZANIA W M. ST. WARSZAWIE Sp. z o.o.	ul. Obozowa 43 01-161 Warszawa PL 5272391342	529,66	0,32
3.	Lider konsorcjum: REMONDIS Sp. z o.o.	ul. Zawodzie 18 02-981 Warszawa PL 7280132515	473,70	0,70
	Członek konsorcjum: PreZero Bałtycka Energia Sp. z o.o.	Zawodzie 5 02-981 Warszawa		
4.	Przedsiębiorstwo Produkcyjno-Handlowo-Usługowe LEKARO J. Z.	Wola Ducka 70A 05-408 Glinianka PL 5321203465	471,00	0,34
5.	PARTNER SPÓŁKA Z OGRANICZONĄ ODPOWIEDZIALNOŚCIĄ SP.K.	Rytowa 1 03-046 Warszawa PL 5242702748	510,00	0,61
Część 3 (Zadanie 6)				
Lp.	Nazwa wykonawcy	Adres wykonawcy	Cena brutto	Stawka za 1 km transportu 1 Mg odpadów
1.	BYŚ W. B.	ARKUSZOWA 43 01-934 WARSZAWA PL 1180094315	457,89	0,31

2.	MIEJSKIE PRZEDSIĘBIORSTWO OCZYSZCZANIA W.M. ST. WARSZAWIE Sp. z o.o.	ul. Obozowa 43 01-161 Warszawa PL 5272391342	515,00	0,30
3.	Lider konsorcjum: REMONDIS Sp. z o.o.	ul. Zawodzie 18 02-981 Warszawa PL 7280132515	618,16	0,75
	Członek konsorcjum: PreZero Bałtycka Energia Sp. z o.o.	Zawodzie 5 02-981 Warszawa		
4.	Przedsiębiorstwo Produkcyjno-Handlowo-Usługowe LEKARO J. Z.	Wola Ducka 70A 05-408 Glinianka PL 5321203465	455,00	0,31
5.	PARTNER SPÓŁKA Z OGRANICZONĄ ODPOWIEDZIALNOŚCIĄ SP.K.	Płytowa 1 03-046 Warszawa PL 5242702748	470,00	0,33

Część 4 (Zadanie 8)				
Lp.	Nazwa wykonawcy	Adres wykonawcy	Cena brutto	Stawka za 1 km transportu 1 Mg odpadów
1.	BYŚ W. B.	ARKUSZOWA 43 01-934 WARSZAWA PL 1180094315	505,00 PLN	0,24 PLN
2.	MIEJSKIE PRZEDSIĘBIORSTWO OCZYSZCZANIA W.M. ST. WARSZAWIE Sp. z o.o.	ul. Obozowa 43 01-161 Warszawa PL 5272391342	604,18 PLN	0,14 PLN
3.	Lider konsorcjum: PreZero Bałtycka Energia Sp. z o.o	Zawodzie 5 02-981 Warszawa PL 9512371649	450,40 PLN	0,20 PLN
	Członek konsorcjum: REMONDIS Sp. z o.o..	ul. Zawodzie 18 02-981 Warszawa		
4.	Przedsiębiorstwo Produkcyjno-Handlowo-Usługowe LEKARO J. Z.	Wola Ducka 70A 05-408 Glinianka PL 5321203465	443,99 PLN	0,31 PLN
5.	PARTNER SPÓŁKA Z OGRANICZONĄ ODPOWIEDZIALNOŚCIĄ SP.K.	Płytowa 1 03-046 Warszawa PL 5242702748	480,00 PLN	0,38 PLN

W dniu 26 sierpnia 2022 r. Odwołujący wniósł do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej odwołanie (któremu nadano sygnaturę KIO 2224/22) wobec czynności Zamawiającego polegających na: „1) wyborze oferty wykonawcy Miejskie Przedsiębiorstwo Oczyszczania w m.st. Warszawie sp. z o.o. (dalej jako „MPO") jako najkorzystniejszej w Postępowaniu w zakresie dotyczącym Zadania nr 8, czyli Części 4 Postępowania; 2) zaniechaniu odrzucenia oferty MPO, w sytuacji gdy została złożona w warunkach czynu nieuczciwej konkurencji w rozumieniu ustawy z dnia 16 kwietnia 1993 r. o zwalczaniu nieuczciwej konkurencji; 3) zaniechaniu odrzucenia oferty MPO pomimo tego, że oferta tego

wykonawcy, jako sprzeczna z zasadami współżycia społecznego, jest nieważna; 4) zaniechaniu wezwania MPO do wyjaśnień, w tym złożenia dowodów w zakresie wyliczenia

istotnej części składowej zaoferowanej ceny, tj. stawki za 1km transportu 1Mg odpadów (stanowiącej jedno z kryteriów oceny ofert), w sytuacji gdy cena ta jest niższa o co najmniej 30% od średniej arytmetycznej cen zaoferowanych w ramach tego kryterium we wszystkich złożonych ofertach niepodlegających odrzuceniu na podstawie art. 226 ust. 1 pkt 1 i 10 Pzp;

5) zaniechaniu wezwania MPO do wyjaśnień, w tym złożenia dowodów w zakresie

wyliczenia istotnej części składowej zaoferowanej ceny, tj. stawki za 1km transportu 1Mg odpadów (stanowiącej jedno z kryteriów oceny ofert), w sytuacji gdy cena ta wydaje się

rażąco niska w stosunku do przedmiotu zamówienia, co powinno wzbudzić wątpliwości Zamawiającego co do możliwości wykonania przedmiotu zamówienia zgodnie z wymaganiami określonymi w dokumentach zamówienia lub wynikającymi z odrębnych przepisów".

W odwołaniu tym wskazano, że „W ocenie Odwołującego nie jest możliwa realizacja przedmiotu zamówienia za cenę zaoferowaną przez MPO przy założeniu, że Wykonawca

uwzględnił wszystkie elementy, składające się na opis przedmiotu zamówienia w zakresie

transportu odpadów. W ocenie Odwołującego, stawka ta (mając na uwadze możliwość transportu odpadów do dalszych instalacji) powinna wynieść co najmniej 18 - 19 groszy. W ocenie Odwołującego nie jest obiektywnie możliwe transportowanie odpadów do instalacji położonej w odległości 250 km od granicy zadania (w linii prostej, tak jak wskazuje Zamawiający we wzorze zawartym w SWZ) przy stawce zaledwie 14 groszy. O nierealności ceny zaoferowanej przez Wykonawcę świadczy minimalny zakres elementów kosztotwórczych, które należy wycenić w ramach transportu odpadów, a którego MPO nie uwzględnił należycie w stawce za transport odpadów takich jak: 1) wycena ryzyka zmiany lokalizacji instalacji, do której przekazywane są odpady - zwiększenie lub zmniejszenie odległości do instalacji; 2) przyjęte założenia co do odległości, liczby transportów, rodzaju pojazdów, zaangażowania pracowników, średniej wagi odpadów danej frakcji w transporcie; 3) koszt paliwa; 4) koszt, ubezpieczenia, opłat drogowych; 5) koszty pracownicze.".

Do postępowania odwoławczego toczącego się pod ww. sygnaturą po stronie Zamawiającego przystąpił Przystępujący.

W dniu 12 września 2022 r. Zamawiający poinformował, że „uwzględnił zarzuty[1] nr 4 i 5 postanowione w odwołaniu z 26.08.2022 r., wniesionym przez" Odwołującego oraz że „w związku z powyższym Zamawiający unieważnił czynność z dnia 16 sierpnia 2022 r.,

polegającą na wyborze oferty najkorzystniejszej w zakresie części 4 zamówienia (...) [1]

Zarzuty uwzględnione przez Zamawiającego: 4) zaniechanie wezwania MPO do wyjaśnień, w tym złożenia dowodów w zakresie wyliczenia istotnej części składowej zaoferowanej ceny, tj. stawki za 1km transportu 1Mg odpadów (stanowiącej jedno z kryteriów oceny ofert), w sytuacji gdy cena ta jest niższa o co najmniej 30% od średniej arytmetycznej cen zaoferowanych w ramach tego kryterium we wszystkich złożonych ofertach niepodlegających odrzuceniu na podstawie art. 226 ust. 1 pkt 1 i 10 Pzp; 5) zaniechanie wezwania MPO do wyjaśnień, w tym złożenia dowodów w zakresie wyliczenia istotnej części składowej zaoferowanej ceny, tj. stawki za 1km transportu 1Mg odpadów (stanowiącej jedno z kryteriów oceny ofert), w sytuacji gdy cena ta wydaje się rażąco niska w stosunku do przedmiotu zamówienia, co powinno wzbudzić wątpliwości Zamawiającego co do możliwości wykonania przedmiotu zamówienia zgodnie z wymaganiami określonymi w dokumentach zamówienia lub wynikającymi z odrębnych przepisów".

W dniu 13 września 2022 r. Zamawiający przekazał Odwołującemu pismo o treści „Wezwanie do złożenia wyjaśnień w zakresie ceny oferty na realizację części 4 (zadania 8) Zamawiający żąda[1] od Wykonawcy: Lider konsorcjum: PreZero Bałtycka Energia Sp. z o.o., Członek konsorcjum: REMONDIS Sp. z o.o., złożenia wyjaśnień, w tym przedstawienia dowodów na okoliczność wykazania realności i prawidłowości wyliczenia ceny oferty. W szczególności przedstawione wyjaśnienia i dowody mają wykazać, że zaoferowana cena brutto za 1 km transportu 1 Mg odpadów nie nosi znamion ceny rażąco niskiej. W wyjaśnieniach prosimy o przedstawienie kalkulacji cenowej i wskazanie wyjątkowo korzystnych warunków usług, które uzasadniają zaoferowany przez Wykonawcę poziom cen." (dalej jako „Wezwanie").

W tym samym dniu Zamawiający przekazał Przystępującemu pismo o treści „Wezwanie do złożenia wyjaśnień w zakresie ceny oferty na realizację części 4 (zadania 8) Zamawiający żąda[1] od Wykonawcy MPO złożenia wyjaśnień, w tym przedstawienia dowodów na okoliczność wykazania realności i prawidłowości wyliczenia ceny oferty. W szczególności przedstawione wyjaśnienia i dowody mają wykazać, że zaoferowana cena brutto za 1 km transportu 1 Mg odpadów nie nosi znamion ceny rażąco niskiej. W wyjaśnieniach prosimy o przedstawienie kalkulacji cenowej i wskazanie wyjątkowo

korzystnych warunków usług, które uzasadniają zaoferowany przez Wykonawcę poziom cen.”,

W dniu 15 września 2022 r. Przystępujący złożył pismo w postępowaniu o sygn. KIO 2224/22, w którym wskazał, że „7) Nieprawdziwe są twierdzenia zawarte w pkt 27 odwołania o drastycznym obniżeniu ceny za transport. Pozostali wykonawcy cenę za transport obniżyli bardziej „drastycznie” niż Przystępujący. Zejście z ceną za odbiór odpadów wynikało - jak już wcześniej wskazano - z kosztów jakie ponosi w tym zakresie Przystępujący. 8) Odnosząc się do twierdzenia pkt 29 odwołania, Przystępujący wskazuje, iż oferta złożona przez Przystępującego w świetle przewidzianych przez Zamawiającego w SWZ kryteriów oceny ofert jest ofertą najkorzystniejsza w Postępowaniu. Odwołujący poprzez złożenia odwołania nie może w istocie kwestionować kryteriów zastosowanych przez Zamawiającego, które pozostają w całkowitej zgodzie z prawem. 9) Odnosząc się do pkt 31-33 Przystępujący chciałby podkreślić iż Odwołujący dokonuje manipulacji wyliczeń, które nie są oparte na zasadach wypłaty wynagrodzenia przewidzianych w SWZ i umowie. Odwołującemu nie jest znan metodologia dokonywanych obliczeń. Odwołujący pomija także o to, iż gdyby porównać ofertę Odwołującego z ofertą Lekaro J. Z., to jego ofert również nie

Dowód: Tabela realne koszty odbioru 1 tony odpadów w zależności od zaoferowanych stawek z uwzględnieniem wskazanych w SWZ wag kryteriów cenowych	Realny koszt odbioru 1Mg odpadu ponoszony przez Miasto st. Warszawa przy wyznaczeniu instalacji do 40 km od granicy zadania (bez dodatkowych kosztów transportu)	Realny koszt odbioru 1Mg odpadu ponoszony przez Miasto st. Warszawa przy wyznaczeniu instalacji do 80 km od granicy zadania (80 km - 40km = 40 km)
Oferent z 2 miejscem w rankingu (Pre-Zero i Remondis)	450,40 zł	20 groszy 450.40 zł + 8 zł (40 km*0,2 zł) = 458.40 zł
Oferent z 4 miejscem w rankingu (LEKARO J. Z.)	443,99 PLN	31 groszy 443,99 zł + 12,4 zł (40km*0,31 zł) = 456,39
Różnica pomiędzy cenami dwóch wykonawców, w przeliczeniu na 1 Mg	6,41 zł	2,01 zł
Maksymalny strumień odpadów komunalnych ramach zamówienia podstawowego [Mg] wg. §7 ust 4 OPZ (Mg)	248 255,22	248 255,22
Różnica w wydatkowanych środkach przez Miasto st. Warszawa w przypadku maksymalnego strumienia odpadów przy wyborze oferty wykonawcy z 2 miejsca w aukcji (Pre-Zero i Remondis)	+ 1 591 315,96 zł	+ 498 992,99 zł

przedstawia najkorzystniejszego bilansu ceny do jakości, co obrazują poniższe wyliczenia: Analogicznie jest w sytuacji porównania oferty czwartej (LEKARO) z trzecią (Byś). Tym samym, stawiając zarzuty czynu nieuczciwej konkurencji wobec oferty złożonej przez Przystępującego, Odwołujący sam przyznaje się, iż dopuścił się manipulacji cenami wykorzystując swą szczególną sytuację związaną z zagospodarowanie odpadów we własnych instalacjach.”.

Pismem datowanym na 14 września 2022 r. „w związku z wezwaniem Zamawiającego z dnia 13 września 2022 r. do złożenia wyjaśnień, w tym przedstawienia dowodów na okoliczność wykazania realności i poprawności wyliczenia ceny oferty”

Odwołujący zwrócił się do Zamawiającego „z prośbą o wydłużenie terminu na udzielenie przedmiotowych wyjaśnień do 26 września 2022 r.” oraz poprosił o „potwierdzenie, że wątpliwości Zamawiającego wzbudza wyłącznie cena, jaką zaoferowaliśmy w zakresie

stawki za 1 km transportu 1 Mg odpadów", wskazując, że „treść wezwania nie jest w tym zakresie jednoznaczna, bowiem Zamawiający posługuje się stwierdzeniem „w szczególności", co wywołuje niepewność po stronie Wykonawcy do rzeczywistych oczekiwań Zamawiającego. W związku z tym prosimy o sprecyzowanie treści wezwania tak, abyśmy mieli możliwość rozwiania wszelkich wątpliwości Zamawiającego. Powzięte wątpliwości tym bardziej uzasadniają złożony przez nas wniosek o wydłużenie terminu na złożenie wyjaśnień.".

Pismem datowanym na 19 września 2022 r. Zamawiający wyraził „zgodę na wydłużenie terminu na złożenie wyjaśnień, w tym przedstawienia dowodów na okoliczność wykazania realności i poprawności wyliczenia ceny oferty do 26 września 2022 roku", wskazując ponadto, że „W zakresie wątpliwości Wykonawcy co do treści wezwania Zamawiający stoi na stanowisku, iż wezwanie jest jasne i jednoznaczne. Zamawiający żąda od Wykonawcy złożenia wyjaśnień, w tym przedstawienia dowodów na okoliczność wykazania realności i prawidłowości wyliczenia ceny oferty. W szczególności przedstawione wyjaśnienia i dowody mają wykazywać, że zaoferowana cena brutto (stawka) za 1 km transportu 1 Mg odpadów nie nosi znamion ceny rażąco niskiej. Sformułowanie „w szczególności" zgodnie z ogólnymi regułami języka polskiego jednoznacznie wskazuje, że Zamawiający nie ogranicza wezwania wyłącznie do wyjaśnień w zakresie ceny brutto (stawki) za 1 km transportu 1 Mg odpadów. Wyjaśnienia mają objąć swym zakresem również cenę brutto za odbiór 1 Mg odpadów.".

Ustalając stan faktyczny Izba oparła się na dokumentach zawartych w dokumentacji Postępowania oraz odwołania, odpowiedzi na odwołanie, przystąpienia i pism w postępowaniu odwoławczym, złożonych w postępowaniu o sygn. akt KIO 2224/22, znajdujących się w aktach postępowania sygn. akt KIO 2224/22.

Izba zważyła, co następuje:

Izba stwierdziła, że nie zachodzi żadna z przesłanek skutkujących odrzuceniem odwołania, określonych w art. 528 Pzp, oraz że Odwołującemu przysługiwało prawo do skorzystania ze środka ochrony prawnej w świetle art. 505 ust. 1 Pzp.

Izba na podstawie art. 526 ust. 2 Pzp oddaliła zgłoszoną przez Odwołującego opozycję przeciw przystąpieniu przez Przystępującego do postępowania odwoławczego po stronie Zamawiającego, wobec uznania, że Odwołujący nie uprawdopodobnił, że Przystępujący nie ma interesu w uzyskaniu rozstrzygnięcia na korzyść Zamawiającego.

Zgodnie z tym przepisem, „Izba uwzględnia opozycję, jeżeli zgłaszający opozycję uprawdopodobni, że wykonawca nie ma interesu w uzyskaniu rozstrzygnięcia na korzyść strony, do której przystąpił. W przeciwnym przypadku Izba oddala opozycję".

Nie było sporne, że interes, o którym mowa w art. 526 ust. 2 Pzp (oraz w art. 525 ust. 1 Pzp) ma szerszy i ogólniejszy charakter niż interes w uzyskaniu zamówienia, którego posiadanie stosownie do art. 505 ust. 1 Pzp uprawnia do skorzystania ze środków ochrony prawnej. Niewątpliwie Odwołujący wywodził posiadanie interesu w uzyskaniu zamówienia z tego, że czynność, na którą wniesiono odwołanie w niniejszej sprawie, „kreując domniemanie, że zaoferowana przez Odwołującego cena jest ceną rażąco niską", w sytuacji, gdy „ciężar obalenia tego domniemania spoczywa na Odwołującym", a Odwołujący nie obali tego domniemania, umożliwia Zamawiającemu odrzucenie oferty Odwołującego; nie budzi przy tym wątpliwości, że nie jest dopuszczalne odrzucenie oferty, która zawiera rażąco niską cenę lub koszt w stosunku do przedmiotu zamówienia, bez wcześniejszego wezwania wykonawcy do wyjaśnień, w tym złożenia dowodów, w zakresie wyliczenia ceny lub kosztu lub ich istotnych części składowych. Zatem przyjęcie, że Odwołującemu przysługuje środek ochrony prawnej wobec czynności „otwierającej drogę" do ewentualnego odrzucenia jego oferty w Postępowaniu w zakresie części 4, skutkuje koniecznością uznania, że interes Przystępującego, który również złożył ofertę w Postępowaniu w zakresie części 4, w uzyskaniu rozstrzygnięcia na korzyść Zamawiającego może polegać na tym, aby czynność ta została uznana za prawidłową, w wyniku czego możliwe będzie odrzucenie oferty jego konkurenta.

Po zapoznaniu się z argumentacją stron i uczestnika postępowania odwoławczego, wyrażoną w pismach wniesionych w postępowaniu odwoławczym oraz przedstawioną

w trakcie rozprawy w dniu 5 października 2022 roku, Izba uznała, że odwołanie zasługuje na uwzględnienie.

Zgodnie z 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". Stosownie do art.

16 Pzp, „zamawiający przygotowuje i przeprowadza postępowanie o udzielenie zamówienia w sposób: 1) zapewniający zachowanie uczciwej konkurencji oraz równe traktowanie wykonawców (...) 3) proporcjonalny".

Na wstępie należy stwierdzić, że dla rozstrzygnięcia niniejszej sprawy nie ma znaczenia, czy Odwołujący zrozumiał zakres skierowanego do niego wezwania do złożenia wyjaśnień na podstawie art. 224 ust. 1 Pzp, dokonanego w dniu 13 września 2022 r., gdyż Odwołujący nie kwestionował w odwołaniu zakresu tego wezwania ani nie twierdził, że go nie zrozumiał.

Istotne natomiast było określenie, jaki był zakres przedmiotowego wezwania. W ocenie Izby wobec treści Wezwania oraz pisma Zamawiającego datowanego na 19 września 2022 r. należało uznać, że Zamawiający żądał w nim wyjaśnień, w tym złożenia dowodów, zarówno w zakresie wyliczenia ceny, jak i dwóch istotnych części składowych ceny - stawki za 1 km transportu 1 Mg odpadów oraz ceny brutto za odbiór 1 Mg odpadów.

Kwestią sporną w niniejszej sprawie było to, czy zaistniały przesłanki do wezwania Odwołującego do wyjaśnień w trybie art. 224 ust. 1 Pzp, a w konsekwencji, czy dokonana w dniu 13 września 2022 r. czynność wezwania Odwołującego „do złożenia wyjaśnień w zakresie ceny oferty na realizację części 4 (zadania 8)" na podstawie tego przepisu była zgodna z prawem.

Ocena w tym zakresie ww. czynności Zamawiającego, leżąca w kompetencjach Izby, zważywszy na przedstawione w odwołaniu zarzuty oraz okoliczności faktyczne i prawne uzasadniające wniesienie odwołania, zdaniem Izby powinna być dokonywana przy wzięciu pod uwagę zarówno nie tylko opisanego powyżej zakresu żądania wyjaśnień i dowodów, jak również przebiegu Postępowania, w tym zaoferowanych przez innych wykonawców cen i ich istotnych części składowych.

Podzielić należy stanowisko Zamawiającego, że art. 224 ust. 1 Pzp „jest samodzielną, odrębną od art. 224 ust. 2 Pzp podstawą prawną obligującą do wezwania wykonawcy do wyjaśnień, w tym złożenia dowodów w zakresie wyliczenia ceny lub kosztu, lub ich istotnych części składowych jeżeli Zamawiający uzna, że 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", „dopuszcza znaczny stopień subiektywizmu i możliwość uwzględnienia różnych okoliczności wpływających na powstanie wątpliwości po stronie Zamawiającego," oraz „nie nakłada obowiązku zawarcia w treści wezwania szczegółowego uzasadnienia przyczyn dokonania wezwania".

W świetle treści art. 224 ust. 1 Pzp brak jest podstaw do przyjęcia, że zamawiający żądając na podstawie tego przepisu wyjaśnień i złożenia dowodów w zakresie wyliczenia ceny lub kosztu lub ich istotnych części składowych zobowiązany jest określić powód dokonania tej czynności. Wniosku tego nie zmienia przy tym treść art. 16 pkt 1) i 3) Pzp. Zauważyć należy, że w sytuacjach, gdy zamawiający zobowiązany jest przedstawić powody dokonania określonej czynności, obowiązek taki wynika z przepisu szczególnego (np. art. 253 ust. 1 Pzp). Gdyby uznać, że obowiązek taki wynika z przepisu o charakterze ogólnym, jakim jest art. 16 Pzp, zbędne byłoby zawarcie w Pzp szczególnych przepisów nakładających taki obowiązek. W konsekwencji zdaniem Izby obowiązek taki istnieje wtedy, gdy wynika to ze szczególnego przepisu Pzp.

Wobec powyższego należało uznać, że brak wskazania w Wezwaniu powodu

żądania wyjaśnień i złożenia dowodów w zakresie wyliczenia ceny i jej ich istotnych części składowych, w tym „czy i z jakich powodów cena oferty Odwołującego wydaje się Zamawiającemu rażąco niska lub budzi jego wątpliwości co do możliwości wykonania przedmiotu zamówienia zgodnie z wymaganiami z wymaganiami określonymi w dokumentach zamówienia lub wynikającymi z odrębnych przepisów" nie stanowił naruszenia art. 224 ust. 1 Pzp w związku z art. 16 pkt 1) i 3) Pzp.

Nieistnienie obowiązku podania w wezwaniu do wyjaśnień i złożenia dowodów w zakresie wyliczenia ceny i jej ich istotnych części składowych powodu dokonania tej czynności, jak również to, że w ww. przepisie użyte są sformułowania o charakterze ocennym czy subiektywnym, jak „wątpliwości zamawiającego" czy „cena wydaje się rażąco niska", nie oznacza, że żądanie od wykonawcy wyjaśnień, w tym złożenia dowodów na podstawie tego przepisu w każdej sytuacji jest zgodne z prawem, w związku z czym nie może być efektywnie poddane ocenie w tym zakresie. Przepis ten obliguje do żądania od wykonawcy wyjaśnień i dowodów w zakresie wyliczenia ceny lub kosztu, lub ich istotnych części składowych wyłącznie wtedy, gdy zaoferowana cena lub koszt lub ich istotna część składowa wydaje się rażąco niska w stosunku do przedmiotu zamówienia lub budzi wątpliwości zamawiającego co do możliwości wykonania przedmiotu zamówienia zgodnie z wymaganiami określonymi w dokumentach zamówienia lub wynikającymi z odrębnych przepisów. Należy przy tym przyjąć, że dla co najmniej jedna z tych okoliczności musi wystąpić w sposób obiektywny, czyli że obiektywnie muszą istnieć podstawy do uznania, że zaoferowana cena lub koszt lub ich istotna część składowa wydaje się rażąco niska w stosunku do przedmiotu zamówienia lub że budzi wątpliwości zamawiającego co do możliwości wykonania przedmiotu zamówienia zgodnie z wymaganiami określonymi w dokumentach zamówienia lub wynikającymi z odrębnych przepisów.

Ponieważ w Wezwaniu nie podano, czy powodem zażądania wyjaśnień i złożenia dowodów jest to, że zaoferowana cena lub jej istotna część składowa wydaje się rażąco niska w stosunku do przedmiotu zamówienia, czy to, że cena lub jej istotna część składowa budzi wątpliwości Zamawiającego co do możliwości wykonania przedmiotu zamówienia zgodnie z wymaganiami określonymi w dokumentach zamówienia lub wynikającymi z odrębnych przepisów, a w dokumentacji Postępowania nie było dokumentów pozwalających na ustalenie tego powodu, poczynienie ustaleń w tym zakresie musiało nastąpić post factum, biorąc pod uwagę to, co zamawiający wskazywał jako ten powód w toku postępowania odwoławczego.

Z twierdzeń Zamawiającego wynika, że powodem tym było powzięcie wątpliwości co do możliwości wykonania przedmiotu zamówienia zgodnie z wymaganiami określonymi w dokumentach zamówienia lub wynikającymi z odrębnych przepisów.

W toku postępowania odwoławczego Zamawiający wskazywał kilka okoliczności, które miały stanowić przyczynę powstania rzeczonych wątpliwości, a w konsekwencji powód dokonania czynności żądania od Odwołującego wyjaśnień i złożenia dowodów w zakresie wyliczenia zaoferowanej ceny, stawki za 1 km transportu 1 Mg odpadów oraz ceny brutto za odbiór 1 Mg odpadów.

Dokonując oceny zgodności z prawem tej czynności w zakresie tych okoliczności należało przy tym mieć na względzie, że w postępowaniu odwoławczym toczącym się pod sygn. KIO 2224/22 Odwołujący wnosił odwołanie wobec zaniechania żądania od Przystępującego wyjaśnień i złożenia dowodów wyłącznie w zakresie wyliczenia stawki za 1 km transportu 1 Mg odpadów (wymaga podkreślenia, że przedstawione na rozprawie odmienne twierdzenia w tym zakresie są niezgodne z rzeczywistym stanem rzeczy), w zakresie tym Zamawiający uwzględnił zarzuty zawarte w tym odwołaniu, a następnie skierował do Przystępującego „wezwanie do złożenia wyjaśnień w zakresie ceny oferty na realizację części 4 (zadania 8)", jak również, ze Zamawiający nie wzywał do wyjaśnień i złożenia dowodów w zakresie wyliczenia zaoferowanej ceny lub stawki za 1 km transportu 1 Mg odpadów lub ceny brutto za odbiór 1 Mg odpadów innych niż Odwołujący i Przystępujący wykonawców, którzy złożyli oferty w zakresie części 4 zamówienia.

W tym miejscu należy zauważyć, że sytuacja Odwołującego i Przystępującego w dniu przekazania im wezwań „do złożenia wyjaśnień w zakresie ceny oferty na realizację części 4 (zadania 8)" była diametralnie inna. Wskutek uwzględnienia w ww. postępowaniu zarzutów dotyczących zaniechania żądania od Przystępującego wyjaśnień i złożenia dowodów w zakresie wyliczenia stawki za 1 km transportu 1 Mg odpadów Zamawiający

zobowiązany był zażądać wyjaśnień i złożenia dowodów w tym zakresie od Przystępującego, co z kolei czyniło koniecznym unieważnienie dokonanej wcześniej czynności wyboru oferty Przystępującego jako najkorzystniejszej w zakresie części 4 zamówienia; uwzględnienie ww. zarzutów nie rodziło natomiast obowiązku żądania takich wyjaśnień i dowodów od Odwołującego, a jego oferta nie była wybrana jako najkorzystniejsza.

Zdaniem Izby nie można uznać za przyczynę powstania wątpliwości co do możliwości wykonania przedmiotu zamówienia zgodnie z wymaganiami określonymi w dokumentach zamówienia lub wynikającymi z odrębnych przepisów okoliczności związanych z przebiegiem postępowania odwoławczego toczącego się pod sygn. KIO 2224/22.

Z twierdzeń Zamawiającego wynika, że wątpliwości takie miało wzbudzić wskazanie w odwołaniu wniesionym w przedmiotowym postępowaniu, iż „próg opłacalności transportu odpadów jest przy stawce 19 gr za km". Oznacza to, zważywszy, że Odwołujący odwołaniu tym wskazywał, że w jego ocenie „nie jest możliwa realizacja przedmiotu zamówienia za cenę zaoferowaną przez MPO przy założeniu, że Wykonawca uwzględnił wszystkie elementy, składające się na opis przedmiotu zamówienia w zakresie transportu odpadów. W ocenie Odwołującego, stawka ta (mając na uwadze możliwość transportu odpadów do dalszych instalacji) powinna wynieść co najmniej 18 - 19 groszy.", że Zamawiający uznał, że wątpliwości budzi możliwość wykonania przedmiotu zamówienia zgodnie z wymaganiami określonymi w dokumentach zamówienia lub wynikającymi z odrębnych przepisów za stawkę mniejszą niż 19 groszy za 1 km transportu 1 Mg odpadów; w konsekwencji należy przyjąć, że wątpliwości takich nie ma, jeżeli stawka ta jest równa bądź większa niż 19 groszy za 1 km transportu 1 Mg odpadów. W takiej sytuacji wysokość stawki za 1 km transportu 1 Mg odpadów uzasadniałaby wezwanie do złożenia wyjaśnień w zakresie stawki za 1 km transportu 1 Mg odpadów tych wykonawców, którzy w toku aukcji elektronicznej zaoferowali tą stawkę w wysokości mniejszej niż 19 groszy. Natomiast w przypadku wykonawców, w których stawka ta była wyższa niż wynosił wskazany „próg opłacalności" - jak Odwołujący, który w toku aukcji elektronicznej zaoferował stawkę za 1 km transportu 1 Mg odpadów wynoszącą 20 groszy - nie sposób uznać wysokości tej stawki za racjonalny powód powstania wątpliwości określonych w art. 224 ust. 1 Pzp, a więc uzasadniający żądanie od niego wyjaśnień, w tym złożenia dowodów, w zakresie wyliczenia tej stawki jako istotnej części składowej ceny.

Brak jest także racjonalnych podstaw do przyjęcia, że wysokość stawki za 1 km transportu 1 Mg odpadów w ofercie Odwołującego uzasadniała wezwanie go do wyjaśnień, w tym złożenia dowodów, w zakresie wyliczenia ceny brutto za odbiór 1 Mg odpadów. Nie było sporne, że cena ta stanowi drugą (obok ww. stawki) istotną część składową ceny, a tym samym każda z tych części podlega odrębnemu wyliczeniu. Każda z tych części składowych ceny musi być wyliczona tak, aby było możliwe wykonanie przedmiotu zamówienia zgodnie z wymaganiami określonymi w dokumentach zamówienia lub wynikającymi z odrębnych przepisów w takim zakresie, którego dana część składowa ceny dotyczy. Wysokość stawki za 1 km transportu 1 Mg odpadów nie może zatem mieć wpływu na ocenę tej możliwości w zakresie w jakim przedmiot zamówienia ma być wykonany za cenę brutto za odbiór 1 Mg odpadów. W konsekwencji uznać należało, że pomiędzy wysokością tej stawki a wyliczeniem ceny brutto za odbiór 1 Mg odpadów nie ma związku, który mógłby uzasadniać wezwanie Odwołującego do złożenia wyjaśnień, w tym złożenia dowodów, w zakresie wyliczenia tej ceny, zwłaszcza że Zamawiający nie przedstawił jakichkolwiek twierdzeń wykazujących istnienie takowego związku.

Wobec powyższego, biorąc pod uwagę, że na cenę oferty składały się wyłącznie cena brutto za odbiór 1 Mg odpadów oraz stawka za 1 km transportu 1 Mg odpadów, wysokość stawki za 1 km transportu 1 Mg odpadów w ofercie Odwołującego nie uzasadniała także żądania od niego wyjaśnień, w tym złożenia dowodów, w zakresie wyliczenia ceny oferty.

Zamawiający twierdził również, że wątpliwości co do możliwości wykonania przedmiotu zamówienia zgodnie z wymaganiami określonymi w dokumentach zamówienia lub wynikającymi z odrębnych przepisów (a także w tym co do manipulacji stawką za transport odpadów i ceną brutto za odbiór odpadów w ofercie Odwołującego) wzbudzone zostały przystąpieniem Przystępującego w postępowaniu toczącym się pod sygn. KIO 2224/22, w którym wskazywano, że „w zależności od stawki za transport i stawki za odbiór różne oferty mogą być uznane za najkorzystniejsze oraz że Odwołujący mógł się dopuścić manipulacji tymi stawkami". Twierdzenie to jest niezgodne z rzeczywistym stanem rzeczy. W rzeczonym przystąpieniu brak jest jakichkolwiek twierdzeń dotyczących stawki za transport odpadów czy stawki (ceny brutto) za odbiór odpadów. Znajdują się one w piśmie Przystępującego złożonym w ww. postępowaniu odwoławczym w dniu 15 września 2022 roku. Zważywszy jednak, że Zamawiający przekazał Odwołującemu Wezwanie w dniu 13

września 2022 roku (czyli 2 dni wcześniej) oczywiste jest, że treść ww. pisma Przystępującego nie mogła spowodować powstania wskazanych powyżej wątpliwości, których skutkiem było żądanie od Odwołującego złożenia wyjaśnień i dowodów w zakresie wyliczenia stawki za 1 km transportu czy ceny brutto za odbiór 1 Mg odpadów, a w konsekwencji również ceny oferty.

Zamawiający jako przyczynę powstania ww. wątpliwości wskazywał także to, że Odwołujący w toku aukcji elektronicznej obniżył stawkę za 1 km transportu 1 Mg odpadów ponad dziewięciokrotnie w stosunku do stawki za 1 km transportu 1 Mg odpadów określonej w ofercie, zaś Przystępujący pięciokrotnie, a pomimo to Odwołujący w postępowaniu toczącym się pod sygn. KIO 2224/22 domagał się wezwania Przystępującego „do wyjaśnień zaoferowanej stawki za transport".

Zamawiający nie wskazał, jaki jest związek pomiędzy tą okolicznością a wyliczeniem ceny brutto za odbiór 1 Mg odpadów. Jak zaś zauważono powyżej, cena ta jest inną niż stawka za 1 km transportu 1 Mg odpadów istotną częścią składową ceny, podlegającą odrębnemu wyliczeniu. W tym stanie rzeczy nie ma jakichkolwiek podstaw do przyjęcia, że obniżenie w toku aukcji elektronicznej wysokości stawki za 1 km transportu 1 Mg odpadów w ofercie Odwołującego mogło stanowić przyczynę powstania wątpliwości w zakresie wyliczenia ceny brutto za odbiór 1 Mg odpadów, a w konsekwencji uzasadniała żądanie w tym zakresie wyjaśnień, w tym złożenia dowodów.

W ocenie Izby ww. okoliczność nie uzasadniała tego żądania również w zakresie stawki za 1 km transportu 1 Mg odpadów, a zatem także i ceny oferty. Przede wszystkim konieczne jest wskazanie, że w postępowaniach, w których zamawiający przewiduje przeprowadzenie aukcji elektronicznej, często ceny, a zwłaszcza części składowe ceny, w ofertach są znacznie, a nawet wielokrotnie, wyższe od cen czy części składowych ceny zaoferowanych w toku aukcji, co co najmniej nakazywałoby ostrożność w wyciąganiu wniosków z różnicy pomiędzy wysokością ceny czy jej części składowej w ofercie a ceną czy jej częścią składową zaoferowaną w toku aukcji elektronicznej; ograniczenie się w tej mierze do czystego porównania dwóch wartości - jak w niniejszej sprawie - nie jest więc właściwe. W takiej sytuacji dla badania i oceny ofert istotna jest jedynie najniższa cena zaoferowana przez wykonawcę w toku aukcji elektronicznej i to ona podlega badaniu, czy nie jest ceną rażąco niską. Zarzuty Odwołującego podnoszone w postępowaniu odwoławczym toczącym się pod sygn. KIO 2224/22 dotyczyły właśnie najniższej ceny zaoferowanej przez Przystępującego w toku aukcji i nie były uzasadniane okolicznością, że cena ta jest pięciokrotnie niższa niż cena w ofercie Przystępującego.

Za okoliczność uzasadniającą wezwanie Odwołującego do wyjaśnień i złożenia dowodów w zakresie wyliczenia stawki za 1 km transportu 1 Mg odpadów oraz ceny brutto (stawki) za odbiór 1 Mg odpadów Izba nie uznała również powoływanej przez Zamawiającego różnicy pomiędzy zaoferowaną przez Odwołującego stawką za 1 km transportu 1 Mg odpadów a średnią arytmetyczną stawki za 1 km transportu 1 Mg odpadów we wszystkich ofertach złożonych w Postępowaniu, wynoszącej 21,26 %. Trafne jest stanowisko Zamawiającego, iż „co najmniej 30% różnica względem średniej arytmetycznej cen wszystkich złożonych ofert (niepodlegających odrzuceniu z uwagi na ich złożenie po terminie i niezawierających błędu w obliczeniu ceny lub kosztu) wskazana została w art. 224 ust. 2 pkt 1 Pzp jako przesłanka obligatoryjnego wezwania do wyjaśnień zaoferowanej ceny, przy czym przesłanka ta dotyczy ceny całkowitej, a nie poszczególnych elementów składowych cen zawartych w ofercie", wobec czego to, że różnica pomiędzy zaoferowaną przez Odwołującego stawką za 1 km transportu 1 Mg odpadów a średnią arytmetyczną stawki za 1 km transportu 1 Mg odpadów we wszystkich ofertach złożonych w Postępowaniu nie wynosi co najmniej 30 %, nie uniemożliwia skorzystania z uprawnienia określonego w art. 224 ust. 1 Pzp. Jednakże, mając na względzie wskazaną powyżej odrębność stawki za 1 km transportu 1 Mg odpadów oraz ceny brutto za odbiór 1 Mg odpadów, różnica ta mogłaby powodować powstanie wątpliwości co do możliwości wykonania przedmiotu zamówienia zgodnie z wymaganiami określonymi w dokumentach zamówienia lub wynikającymi z odrębnych przepisów w zakresie, w jakim dotyczy go stawka za 1 km transportu 1 Mg odpadów, natomiast nie sposób ją uznać za źródło wątpliwości co do wyliczenia ceny brutto (stawki) za odbiór 1 Mg odpadów, która również objęta była czynnością Zamawiającego żądania złożenia wyjaśnień i dowodów z dnia 13 września 2022 roku.

Za całkowicie nieuzasadnione należało przy tym uznać powoływanie się przez Zamawiającego, że różnicę pomiędzy zaoferowaną przez Odwołującego stawką za 1 km transportu 1 Mg odpadów a średnią arytmetyczną stawki za 1 km transportu 1 Mg odpadów we wszystkich ofertach złożonych w Postępowaniu obliczaną z pominięciem stawki za 1 km transportu 1 Mg odpadów zaoferowanej przez Przystępującego, wynoszącą ok. 28,6 %. Zwrócić należy uwagę, że obliczenie średniej arytmetycznej ceny nie na podstawie cen zawartych we wszystkich ofertach następuje w sytuacji opisanej w art. 224 ust. 2 pkt 1) Pzp, w której nie bierze się pod uwagę ofert podlegających odrzuceniu z uwagi na ich złożenie po

terminie i zawierających błąd w obliczeniu ceny lub kosztu. W ocenie Izby nie jest wykluczone stosowanie takiego sposobu obliczenia średniej arytmetycznej przy ocenie możliwości skorzystania z uprawnienia określonego w art. 224 ust. 1 Pzp, ale w sytuacji, gdy oferta Przystępującego nie została odrzucona ze względu na to, że została złożona po terminie lub że zawiera błąd w obliczeniu ceny, nie ma żadnych uzasadnionych podstaw, aby pomijać stawkę za 1 km transportu 1 Mg odpadów zaoferowaną przez Przystępującego przy obliczeniu średniej arytmetycznej stawki za 1 km transportu 1 Mg odpadów we wszystkich ofertach złożonych w Postępowaniu.

Zważywszy, że - jak wskazano powyżej - na cenę oferty składały się wyłącznie cena brutto za odbiór 1 Mg odpadów oraz stawka za 1 km transportu 1 Mg odpadów, przedmiotowe różnice nie uzasadniały także żądania od Odwołującego wyjaśnień, w tym złożenia dowodów, w zakresie wyliczenia ceny oferty.

Jako kolejną przyczynę powstania wątpliwości co do możliwości wykonania przedmiotu zamówienia zgodnie z wymaganiami określonymi w dokumentach zamówienia lub wynikającymi z odrębnych przepisów Zamawiający wskazywał to, że „stawka 0,2 zł zaoferowana przez Odwołującego w części 4 (zadaniu 8) odbiega od stawek za transport zaoferowanych przez Odwołującego po aukcji w pozostałych częściach, które wynoszą odpowiednio: 0,74 zł w części 1, 0,70 zł w części 2, 0,75 zł w części 3. Tym samym stawka 0,2 zł jest około 3,5 raza (o 350%!) niższa od stawek, jakie zaoferował Odwołujący w innych zadaniach". Również w tym zakresie stwierdzić należy, że taka rozbieżność mogłaby powodować powstanie wątpliwości co do możliwości wykonania przedmiotu zamówienia zgodnie z wymaganiami określonymi w dokumentach zamówienia lub wynikającymi z odrębnych przepisów w zakresie, w jakim dotyczy go stawka za 1 km transportu 1 Mg odpadów, natomiast nie sposób ją uznać za źródło wątpliwości co do wyliczenia ceny brutto (stawki) za odbiór 1 Mg odpadów. Niezależnie od kwestii odrębności tej ceny od stawki za 1 km transportu 1 Mg odpadów wymaga zauważenia, że rozbieżność pomiędzy ceną brutto za odbiór 1 Mg odpadów zaoferowaną przez Odwołującego w części 4 zamówienia a najwyższą ceną brutto za odbiór 1 Mg odpadów zaoferowaną przez Odwołującego w innej części zamówienia nie przekracza 50 %. Zamawiający okoliczność tą pomija, wobec czego powyższe jego twierdzenie wydaje się nie być oparte na konsekwentnym rozumowaniu.

W tym stanie rzeczy, biorąc pod uwagę, że na cenę oferty składały się wyłącznie cena brutto za odbiór 1 Mg odpadów oraz stawka za 1 km transportu 1 Mg odpadów, nie sposób uznać, że przedmiotowa rozbieżność uzasadniała także żądania od niego wyjaśnień, w tym złożenia dowodów, w zakresie wyliczenia ceny oferty.

Konsekwencji trudno też doszukać się w powoływaniu się przez Zamawiającego jako na źródło wątpliwości co do możliwości wykonania przedmiotu zamówienia zgodnie z wymaganiami określonymi w dokumentach zamówienia lub wynikającymi z odrębnych przepisów na porównanie wysokości stawki za 1 km transportu 1 Mg odpadów zaoferowanej przez Odwołującego w części 4 zamówienia do wysokości średniej stawki za 1 km transportu 1 Mg odpadów oferowanej przez wykonawców, którzy złożyli najniższe ceny w częściach 1-3 zamówienia. Zamawiający, pomimo że żądał od Odwołującego wyjaśnień, w tym złożenia dowodów, w zakresie wyliczenia ceny brutto za odbiór 1 Mg odpadów, nie porównywał cen brutto za odbiór 1 Mg odpadów zaoferowanej przez Odwołującego w części 4 zamówienia do wysokości średniej cen brutto za odbiór 1 Mg oferowanej przez wykonawców, którzy złożyli najniższe ceny w częściach 1-3 zamówienia Jak trafnie wskazywał Odwołujący, ceny te wynosiły odpowiednio 457 zł, 471 zł i 455 zł; były zatem zbliżone do ceny brutto za odbiór 1 Mg odpadów zaoferowanej przez Odwołującego w części 4 zamówienia, wynoszącej 450,40 zł. Powyższe uzasadnia wniosek, że przed przekazaniem Odwołującemu Wezwania

Zamawiający nie przeanalizował rzetelnie wysokości stawek za 1 km transportu 1 Mg odpadów oraz cen brutto za odbiór 1 Mg odpadów zaoferowanych w toku aukcji elektronicznej. W tym stanie rzeczy, biorąc ponadto pod uwagę brak związku pomiędzy wysokością stawki za 1 km transportu 1 Mg odpadów a możliwością wykonania przedmiotu zamówienia w zakresie w jakim ma on być wykonany za cenę brutto za odbiór 1 Mg odpadów, który mógłby uzasadniać wezwanie Odwołującego do złożenia wyjaśnień, w tym złożenia dowodów, w zakresie wyliczenia tej ceny, Izba nie znalazła podstawy do uznania, że rzeczywistą przyczyną powstania wątpliwości co do wyliczenia stawki za 1 km transportu 1 Mg odpadów oraz ceny brutto za odbiór 1 Mg odpadów (a w konsekwencji również ceny oferty) było porównanie wysokości stawki za 1 km transportu 1 Mg odpadów zaoferowanej przez Odwołującego w części 4 zamówienia do wysokości średniej stawki za 1 km transportu 1 Mg odpadów oferowanej przez wykonawców, którzy złożyli najniższe ceny w częściach 1-3 zamówienia.

Zamawiający powoływał się także - jak należy przyjąć wobec braku jego

jednoznacznego stanowiska - jako na przyczynę powstania wątpliwości co do możliwości wykonania przedmiotu zamówienia zgodnie z wymaganiami określonymi w dokumentach zamówienia lub wynikającymi z odrębnych przepisów w zakresie w jakim ma on być wykonany za cenę brutto za odbiór 1 Mg odpadów, na porównanie ceny brutto za odbiór 1 Mg odpadów zaoferowanej przez Odwołującego w części 4 zamówienia do ceny brutto za odbiór 1 Mg odpadów określonej w umowie zawartej pomiędzy Zamawiającym a Odwołującym w dniu 25 marca 2022 roku (wynoszącej 607 zł) oraz do cen brutto za odbiór 1 Mg odpadów określonych w umowie zawartej pomiędzy Zamawiającym a Odwołującym 27 marca 2019 roku.

Zdaniem Izby różnica pomiędzy ceną zawartą w ofercie złożonej przez wykonawcę w postępowaniu o udzielenie zamówienia publicznego a ceną określoną w określonej umowie mogłaby stanowić uzasadnioną przyczynę powstania wątpliwości, o których mowa w art. 224 ust. 1 Pzp w sytuacji, gdy cena zawarta w ww. ofercie jest ceną za wykonanie świadczenia co najmniej bardzo zbliżonego do świadczenia, za które wykonawca ten ma otrzymać cenę określoną w ww. umowie, biorąc pod uwagę całokształt stosunku prawnego powstałego wskutek zawarcia tej umowy oraz stosunku prawnego, jaki ma powstać wskutek zawarcia umowy w sprawie zamówienia publicznego zawieranej po przeprowadzeniu ww. postępowania o udzielenie zamówienia publicznego. Z twierdzeń Odwołującego, którym Zamawiający nie zaprzeczył, wynika, że z sytuacja taka nie występuje w przypadku porównania do ceny za odbiór 1 Mg odpadów określonej w umowie zawartej w dniu 25 marca 2022 roku, gdyż została ona zawarta na krótki okres przejściowy, a rzeczona cena obejmuje wymianę pojemników, wobec czego była ona „kalkulowana w zupełnie innych okolicznościach". W tym stanie rzeczy różnica pomiędzy ceną za odbiór 1 Mg odpadów zaoferowaną przez Odwołującego w części 4 zamówienia a ceną określoną w ww. umowie zawartej nie uzasadniała powstania wątpliwości co do możliwości wykonania przedmiotu zamówienia zgodnie z wymaganiami określonymi w dokumentach zamówienia lub wynikającymi z odrębnych przepisów.

Ocenę taką uzasadnia ponadto okoliczność, że Zamawiający nie zażądał złożenia wyjaśnień, w tym złożenia dowodów, w zakresie wyliczenia ceny za odbiór 1 Mg odpadów od wykonawcy, który w części 4 zamówienia zaoferował niższą niż Odwołujący cenę za odbiór 1 Mg odpadów - J. Z., prowadzącej działalność gospodarczą pod nazwą P.P.H.U. Lekaro J. Z. (dalej jako „Lekaro"). Różnica pomiędzy ceną za odbiór 1 Mg odpadów zaoferowaną przez tego wykonawcę w części 4 zamówienia a ceną brutto za odbiór 1 Mg odpadów określoną w umowie zawartej pomiędzy Zamawiającym a Odwołującym w dniu 25 marca 2022 roku była zatem większa. Uznanie, że Zamawiający był uprawniony do żądania od Odwołującego wyjaśnień, w tym złożenia dowodów, w zakresie wyliczenia ceny za odbiór 1 Mg odpadów z powodu różnicy pomiędzy ceną za odbiór 1 Mg odpadów zaoferowaną przez Odwołującego w Postępowaniu w części 4 zamówienia a ceną określoną w umowie zawartej pomiędzy Zamawiającym a Odwołującym w dniu 25 marca 2022 roku, skutkowałoby koniecznością przyjęcia, że przedmiotowa różnica wzbudziła wątpliwości co do możliwości wykonania przedmiotu zamówienia zgodnie z wymaganiami określonymi w dokumentach zamówienia lub wynikającymi z odrębnych przepisów w zakresie w jakim ma on być wykonany za cenę brutto za odbiór 1 Mg odpadów. W takiej sytuacji, mając na uwadze wynikający z art. 16 pkt 1) Pzp obowiązek przeprowadzenia Postępowania w sposób zapewniający równe traktowanie wykonawców, Zamawiający powinien żądać takich samych wyjaśnień i złożenia dowodów od Lekaro. Nie uczynienie tego nie pozwala zdaniem Izby na przyjęcie, że przedmiotowa różnica rzeczywiście wzbudziła takie wątpliwości.

Analogiczne stanowisko należy wyrazić w kwestii różnicy pomiędzy ceną brutto za odbiór 1 Mg odpadów zaoferowaną przez Odwołującego w części 4 zamówienia a cenami brutto za odbiór 1 Mg odpadów określonych w umowie zawartej pomiędzy Zamawiającym a Odwołującym 27 marca 2019 roku. Różnica pomiędzy ceną brutto za odbiór 1 Mg odpadów zaoferowaną przez Lekaro w części 4 zamówienia a cenami brutto za odbiór 1 Mg odpadów określonych w ww. umowie była większa niż różnica pomiędzy ceną brutto za odbiór 1 Mg odpadów zaoferowaną przez Odwołującego w części 4 zamówienia a cenami brutto za odbiór 1 Mg odpadów określonych w ww. umowie. W przypadku uznania, że Zamawiający był uprawniony do żądania od Odwołującego wyjaśnień, w tym złożenia dowodów, w zakresie wyliczenia ceny za odbiór 1 Mg odpadów z powodu różnicy pomiędzy ceną za odbiór 1 Mg odpadów zaoferowaną przez Odwołującego w Postępowaniu w części 4 zamówienia a cenami określonymi w ww., konieczne byłoby przyjęcie, że przedmiotowa różnica wzbudziła wątpliwości co do możliwości wykonania przedmiotu zamówienia zgodnie z wymaganiami określonymi w dokumentach zamówienia lub wynikającymi z odrębnych przepisów w zakresie w jakim ma on być wykonany za cenę brutto za odbiór 1 Mg odpadów oraz że Zamawiający powinien żądać takich samych wyjaśnień i złożenia dowodów od Lekaro. Zamawiający takiej czynności nie dokonał, zatem nie sposób przyjąć, że przedmiotowa różnica wzbudziła takie wątpliwości.

Powyższe rozważania należy odnieść także do innej okoliczności, wskazywanej

przez Zamawiającego jako przyczyna powstania wątpliwości co do możliwości wykonania przedmiotu zamówienia zgodnie z wymaganiami określonymi w dokumentach zamówienia lub wynikającymi z odrębnych przepisów (jak należy przyjąć wobec braku jednoznacznego stanowiska Zamawiającego - w zakresie w jakim ma on być wykonany za stawki za 1 km transportu 1 Mg odpadów) - porównywania wysokości stawki za 1 km transportu 1 Mg odpadów zaoferowanej przez Odwołującego w części 4 zamówienia do wysokości stawki (ceny) za transport 1 Mg odpadów określonej w umowie zawartej przez Odwołującego w 2019 roku na okres 42 miesięcy na ponad 70 gr za km. Z twierdzeń Odwołującego, którym Zamawiający nie zaprzeczył, wynika, że stawka ta nie może być porównywana do stawki za 1 km transportu 1 Mg odpadów zaoferowanej przez Odwołującego w części 4 zamówienia z uwagi na różnicę w sposobie obliczania obu tych stawek. Nie można więc uznać, że biorąc pod uwagę całokształt stosunku prawnego powstałego wskutek zawarcia ww. umowy oraz całokształt stosunku prawnego, jaki ma powstać wskutek zawarcia umowy w sprawie zamówienia publicznego zawieranej po przeprowadzeniu Postępowania, stawki te mogą być porównywane, a w konsekwencji iż wysokość stawki określonej w ww. umowie uzasadniała powstanie wątpliwości określonych w art. 224 ust. 1 Pzp.

Wobec powyższego Izba nie znalazła podstaw do stwierdzenia istnienia okoliczności mogących stanowić powód do uznania, iż zaoferowane przez Odwołującego stawka za 1 km transportu 1 Mg odpadów oraz cena brutto za odbiór 1 Mg odpadów, stanowiące istotne części składowe ceny, a także cena (oferty) budzi wątpliwości Zamawiającego co do możliwości wykonania przedmiotu zamówienia zgodnie z wymaganiami określonymi w dokumentach zamówienia lub wynikającymi z odrębnych przepisów. W konsekwencji nie została spełnione określona w art. 224 ust. 1 Pzp przesłanka żądania od Odwołującego wyjaśnień, w tym złożenia dowodów, w zakresie wyliczenia stawki za 1 km transportu 1 Mg odpadów, ceny brutto za odbiór 1 Mg odpadów oraz ceny, a zatem żądanie od Odwołującego takich wyjaśnień i dowodów naruszało ten przepis.

Naruszenie to mogło mieć istotny wpływ na wynik postępowania. Jak wskazano powyżej, żądanie od wykonawcy wyjaśnień, w tym złożenia dowodów, w zakresie wyliczenia ceny lub kosztu lub ich istotnych części składowych, warunkuje możliwość odrzucenia jego oferty jako oferty która zawiera rażąco niską cenę lub koszt w stosunku do przedmiotu zamówienia. Niezgodna z art. 224 ust. 1 Pzp czynność wezwania Odwołującego do „złożenia wyjaśnień w zakresie ceny oferty na realizację części 4 (zadania 8)" umożliwiała więc Zamawiającemu odrzucenie oferty Odwołującego w zakresie części 4 zamówienia, a zatem pozbawienie go możliwości pozyskania zamówienia w tej części, co unieważnienie tej czynności uczyni niedopuszczalnym na tym etapie Postępowania.

Powyższe uzasadniało uwzględnienie odwołania i nakazanie Zamawiającemu unieważnienie wezwania Odwołującego do złożenia wyjaśnień w zakresie ceny oferty na realizację części 4 (zadania 8). Mając na uwadze treść art. 554 ust. 3 Pzp Izba nie była uprawniona do nakazania unieważnienia ww. czynności w części, wobec czego bezprzedmiotowe było rozważanie, czy w węższym zakresie, niż określony w Wezwaniu, zaistniały przesłanki do żądania od Odwołującego wyjaśnień i złożenia dowodów na podstawie art. 224 ust. 1 Pzp.

Przepis art. 554 ust. 3 Pzp nie upoważnia Izby do nakazania Zamawiającemu nie brania pod uwagę złożonych wyjaśnień, wobec czego takie żądanie Odwołującego nie mogło zostać uwzględnione.

O kosztach postępowania odwoławczego orzeczono na podstawie art. 557 i art. 575 Pzp oraz § 2 ust. 1 pkt 2), § 5 pkt 1) i 2) oraz § 7 ust. 1 pkt 1) 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.

Zgodnie z art. 557 Pzp „w wyroku oraz w postanowieniu kończącym postępowanie odwoławcze Izba rozstrzyga o kosztach postępowania odwoławczego", stosownie zaś do art. 575 Pzp strony oraz uczestnik postępowania odwoławczego wnoszący sprzeciw ponoszą koszty postępowania odwoławczego stosownie do jego wyniku. Z § 2 ust. 1 pkt 2) ww. rozporządzenia wynika, że wysokość wpisu wnoszonego w postępowaniu o udzielenie zamówienia na usługi o wartości przekraczającej progi unijne, o których mowa w art. 3 ust. 1 Pzp, wynosi 15.000 złotych. Zgodnie z § 5 pkt 1) i 2) ww. rozporządzenia do kosztów postępowania odwoławczego zalicza się wpis oraz „uzasadnione koszty stron postępowania odwoławczego (...) w wysokości określonej na podstawie rachunków lub spisu kosztów, złożonych do akt sprawy, obejmujące: (...) b) wynagrodzenie i wydatki jednego

pełnomocnika, jednak nieprzekraczające łącznie kwoty 3600 złotych". Z kolei § 7 ust. 1 pkt 1) ww. rozporządzenia stanowi, że „w przypadku uwzględnienia odwołania przez Izbę w całości, koszty ponosi zamawiający; w takim przypadku Izba zasądza od zamawiającego na rzecz odwołującego równowartość kwoty wpisu oraz koszty, o których mowa w § 5 pkt 2".

W konsekwencji na podstawie § 7 ust. 1 pkt 1) ww. rozporządzenia Izba zasądziła od Zamawiającego na rzecz Odwołującego równowartość kwoty wpisu oraz koszty obejmujące wynagrodzenie radcy prawnego, który reprezentował Odwołującego na posiedzeniu niejawnym i rozprawie w wysokości 3.600 złotych, zgodnie z treść § 5 pkt 2) ww. rozporządzenia, określonej na podstawie faktury złożonej do akt sprawy.

Przewodniczący:.....