Sygn. akt: KIO 3153/23

WYROK
z 9 listopada 2023 roku

Krajowa Izba Odwoławcza - w składzie:

Przewodniczący: Ernest Klauziński
Protokolant: Tomasz Skowroński

po rozpoznaniu na rozprawie 7 listopada 2023 roku w Warszawie odwołania wniesionego
do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej23 października 2023 r. przez wykonawców wspólnie ubiegających się o udzielenie zamówienia: Przedsiębiorstwo Robót Inżynieryjnych „Fart"
sp. z o.o. z siedzibą w Kielcach oraz Przedsiębiorstwo Usług Komunalnych Fart-Bis sp. z o.o. z siedzibą w Kielcach w postępowaniu prowadzonym przez zamawiającego: Gminę Starachowice z siedzibą w Starachowicach, przy udziale wykonawcy Remondis sp. z o.o.
z siedzibą w Warszawie zgłaszającego przystąpienie do postępowania odwoławczego
po stronie zamawiającego

orzeka:

1. Uwzględnia zarzut nr 2 odwołania i nakazuje zamawiającemu:
   1.1 unieważnienie czynności wyboru oferty najkorzystniejszej,
   1.2 wezwanie wykonawcy Remondis sp. z o.o. z siedzibą w Warszawie do złożenia wyjaśnień ceny oferty na podstawie art. 224 ust. 1 Pzp,
   1.3 powtórzenie czynności badania i oceny ofert.
2. W pozostałym zakresie oddala odwołanie.
3. Kosztami postępowania obciąża w 1/2 zamawiającego: Gminę Starachowice z siedzibą w Starachowicach i w 1/2 odwołującego i:
   3.1 zalicza w poczet kosztów postępowania odwoławczego kwotę 15 000 zł 00 gr (słownie: piętnaście tysięcy złotych zero groszy), uiszczoną przez odwołującego z tytułu wpisu od odwołania,
   3.2 zasądza od zamawiającego na rzecz odwołującego: wykonawców wspólnie ubiegających się o udzielenie zamówienia: Przedsiębiorstwo Robót Inżynieryjnych „Fart" sp. z o.o. z siedzibą w Kielcach oraz Przedsiębiorstwo Usług Komunalnych Fart-Bis sp. z o.o. z siedzibą w Kielcach kwotę 7 500 zł 00 gr (słownie siedem tysięcy pięćset złotych zero groszy) z tytułu proporcjonalnego rozdzielenia kwoty wpisu od odwołania uiszczonego przez odwołującego,
   3.3 w pozostałym zakresie znosi koszty między stronami.

Stosownie do art. 579 i 580 ustawy z 11 września 2019 r. - Prawo zamówień publicznych
(t.j. Dz. U. z 2023 r. poz. 1605) 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 3153/23

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

Gmina Starachowice z siedzibą w Starachowicach (dalej: Zamawiający) prowadzi
na podstawie przepisów ustawy z 11 września 2019 r. — Prawo zamówień publicznych
(t.j. Dz. U. z 2023 r. poz. 1605, dalej: Pzp) postępowanie w trybie przetargu nieograniczonego pn.: „Odbieranie i zagospodarowanie odpadów komunalnych z terenu Gminy Starachowice
od właścicieli nieruchomości, na których zamieszkują mieszkańcy", numer: ZP.271.32.2023.SD, zwane dalej postępowaniem.
Ogłoszenie w sprawie zamówienia publicznego zostało opublikowane 8 sierpnia 2023 r.
w Dzienniku Urzędowym Unii Europejskiej pod numerem: 2023/S 151-481840.

23 października 2023 r. wykonawcy wspólnie ubiegający się o udzielenie zamówienia: Przedsiębiorstwo Robót Inżynieryjnych „Fart" sp. z o.o. z siedzibą w Kielcach oraz Przedsiębiorstwo Usług Komunalnych Fart-Bis sp. z o.o. z siedzibą w Kielcach (dalej: Odwołujący), wnieśli odwołanie i zarzucili Zamawiającemu naruszenie:

1. art. 226 ust. 1 pkt 5 Pzp przez zaniechanie odrzucenia oferty Remondis sp. z o.o. z siedzibą w Warszawie (dalej Remondis lub Przystępujący) mimo, że jej treść była niezgodna z warunkami zamówienia, które wymagały podania już w ofercie wykazu instalacji do których wykonawca będzie przekazywał

odebrane odpady;

2. art. 224 ust. 1 Pzp przez zaniechanie wezwania Przystępującego do udzielenia wyjaśnień, w tym złożenia dowodów dotyczących wyliczenia ceny oferty, mimo,
że zaoferowana przez tego wykonawcę cena wydaje się rażąco niska w stosunku
do przedmiotu zamówienia oraz powinna ona była zrodzić u Zamawiającego wątpliwości co do możliwości wykonania przedmiotu zamówienia zgodnie wymaganiami określonymi w dokumentach zamówienia.

Odwołujący wniósł o uwzględnienie odwołania i nakazanie Zamawiającemu:

1. unieważnienia czynności wyboru oferty najkorzystniejszej;
2. powtórzenia czynności badania i oceny ofert;
3. odrzucenia oferty Przystępującego na podstawie art. 226 ust. 1 pkt 5) Pzp ewentualnie, na wypadek oddalenia zarzutu nr 1
4. wezwania Przystępującego do złożenia wyjaśnień ceny oferty na podstawie art. 224 ust. 1 Pzp.

W uzasadnieniu zarzutów odwołania Odwołujący wskazał m. in.:

Zarzut nr 1

7 września 2023 r. na platformie internetowej prowadzonego postępowania Zamawiający opublikował wyjaśnienia do treści SWZ, w tym pytanie nr 9 wraz z udzieloną na nie odpowiedzią (grupa pytań nr IV). Treść wskazanego wyżej pytania nr 9 była następująca:

„Zapytanie dotyczy wykazu instalacji

Wykonawca nie odnalazł w plikach udostępnionych przez Zamawiającego wzoru wykazu instalacji, do których Wykonawca będzie zobowiązany przekazywać odebrane odpady komunalne, stąd nasz wniosek o uzupełnienie dokumentacji o ten dokument i wyraźne wskazanie, że powinien on być dołączony do oferty, jak również wpisany bezpośrednio

do treści formularza ofertowego. Wynika to jasno z przepisów ustawy o utrzymaniu czystości i porządku w gminach (art. 6f). Zamawiający w kompleksowych przetargach na odbiór

i zagospodarowanie odpadów komunalnych jest zobowiązany żądać od wykonawców wykazu instalacji komunalnych do której Wykonawca będzie przekazywał odebrane od właścicieli nieruchomości odpady komunalne. Złożone na etapie przedkontraktowym deklaracje stanowią dla Zamawiającego podstawę do prawidłowego sformułowania zobowiązania umownego".

W odpowiedzi na powyższe Zamawiający wskazał:

„Wskazany wykaz jest wymagany przez Zamawiającego, a jego forma nie jest określona wskazanym art. ustawy."

W świetle udzielonych przez Zamawiającego wyjaśnień SWZ nie powinno budzić wątpliwości, że obowiązkiem każdego z wykonawców było załączenie do oferty wykazu instalacji,

do których będą oni zobowiązani przekazywać odebrane odpady, objęte przedmiotem zamówienia. Na wniosek wykonawcy zawarty w pytaniu nr 9 o „wyraźne wskazanie,

że powinien on być (wykaz instalacji) dołączony do oferty, jak również wpisany bezpośrednio do treści formularza ofertowego" Zamawiający odpowiedział równie jednoznacznie: „Wskazany wykaz jest wymagany przez Zamawiającego". Wymaga podkreślenia, że wymaganie SWZ załączenia do oferty wykazu instalacji stanowiło realizację przez Zamawiającego nałożonego w art. 6d ust. 4 pkt 5) ustawy z 13 września

1996 r. o utrzymaniu czystości i porządku w gminach (tj. Dz. Z 2023 poz. 1469) na podmioty zamawiające, organizujące postępowania przetargowe na odbiór i zagospodarowanie odpadów komunalnych, obowiązku żądania od wykonawców wskazania w ofercie wykazu instalacji do których przekażą oni odebrane odpady. Należy również podkreślić, że wykonawca zadający pytanie nr 9 wprost wywodził obowiązek żądania podania w ofercie wykazu instalacji właśnie z ww. regulacji ustawy o utrzymaniu czystości.

Już z pierwotnej treść SWZ, w stosunku do której skierowany został wniosek o jej wyjaśnienie, można było wysnuć wniosek o wymogu załączenia do oferty wykazu instalacji do których wykonawca obowiązany jest przekazać odebrane odpady. Odwołujący wskazał § 6 ust. 8 projektu umowy, zgodnie z którym do każdej Faktury VAT Wykonawca zobowiązany jest dostarczyć m.in. „zaktualizowany wykaz instalacji, do których Wykonawca zobowiązuje

się przekazywać odpady komunalne odebrane z terenu gminy – w przypadku zmiany instalacji w stosunku do złożonej oferty".

Spośród wszystkich złożonych ofert wyłącznie Przystępujący nie ujął w ofercie informacji

w sprawie wykazu instalacji, co potwierdza, że wymóg w tym zakresie był sformułowany

i winien był zostać odczytany przez profesjonalnego wykonawcę.

Przystępujący nie dołączył do oferty wykazu instalacji do których wykonawca obowiązany jest przekazać odebrane odpady komunalne. Brak tego rodzaju oznaczał, że treść złożonej oferty była niezgodna z warunkami zamówienia, co w

świetle art. 226 ust. 1 pkt 5) Pzp rodzi konieczność jej odrzucenia.
Z ostrożności Odwołujący wskazał, że przedmiotowa niezgodność treści oferty nie może być usunięta w trybie art. 223 ust. 2 pkt 3) Pzp.
Odwołujący podniósł, że w jego ocenie przedmiotowy wykaz stanowi treść oferty.
W konsekwencji jego uzupełnienie oznaczałoby dokonanie istotnej zmiany treści oferty
w stosunku do wymagań SWZ. Związanie ofertą w zakresie informacji dotyczących wykazu informacji implikuje ewentualne wyjaśnienia wykonawcy dotycząca obliczenia ceny oferty,
jak również ma wpływ na możliwość i zakres waloryzacji wynagrodzenia. Stosownie bowiem do § 12 ust. 1 umowy punktem odniesienia do jej dokonania są bowiem ceny na danej instalacji z składania ofert.
Zarzut nr 2
Stosownie do art. 224 ust. 1 Pzp Zamawiający zobowiązany jest zażądać od wykonawców wyjaśnień, w tym złożenia dowodów w zakresie wyliczenia ceny oferty jeżeli zaoferowana cena:

- wydaje się rażąco niskie 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.

Cena oferty Przystępującego (694 zł netto/1 Mg) jest niższa od ceny (707 zł netto/1 Mg)
za którą wykonawca ten obecnie realizuje na rzecz Zamawiającego odbiór
i zagospodarowanie odpadów z Gminy Starachowice (przetarg z 2021 r. na lata 2022 i 2023).
Powyższe okoliczność była o tyle istotna, że jak wynika z korespondencji kierowanej przez Przystępującego do Zamawiającego w toku realizacji ww. zamówienia, wykonawca
ten już 10.10.2022 r. argumentował, że uwzględniając aktualny na tę datę wzrost
kosztów świadczenia usług, niezbędne jest podniesienie jego dotychczasowego wynagrodzenia tj. 707 zł netto/1Mg o 130 zł netto na każdej tonie odpadów. W konsekwencji wykonawca wnioskował o to, aby łączna cena odbioru i zagospodarowania 1 Mg odpadów wynosiła 837 zł netto/1 Mg, zamiast jak dotychczas 707 zł netto/1Mg. Wykonawca wskazywał równocześnie:

- „Wykonywanie Umowy na warunkach cenowych ustalonych w ofercie, będzie cechować się wyraźną stratą po stronie Wykonawcy i jeżeli tendencja ta zostanie utrzymana to zaistniała sytuacja w sposób poważany może zagrozić dalszemu prowadzeniu działalności przez Wykonawcę";
- „(…) złożenie wniosku przez Wykonawcę stało się konieczne, z uwagi na fakt podwyższenia cen za przyjmowanie odpadów przez ZUO „Janik" sp. z o.o., który wzrost spowoduje, że suma wszystkich kosztów zrealizowania umowy przewyższy wynagrodzenie, generując tym samym wyłącznie straty po stronie Wykonawcy".
- „W ocenie Wykonawcy ze względu na okoliczności faktyczne w niniejszej sprawie zaistniały przesłanki do zawarcia aneksu do Umowy podwyższającego wynagrodzenie, który zabezpieczy właściwe wykonywanie Umowy przez niedopuszczenie do powstawania strat po stronie Wykonawcy, a Zamawiającemu pozwoli utrzymać dotychczasowy poziom usług dla dobra wspólnoty samorządowej".

Potwierdzało to, że w opinii Przystępującego, na dzień 10.10.2022 r., realizacja tożsamego zamówienia za cenę 707 zł netto/1Mg oznaczała stratę i uniemożliwiała wykonanie zamówienia w sposób należyty. Tymczasem, od tego dnia koszty jeszcze wzrosły, w tym poziom inflacji na rok 2023 r. przekroczy 10%, a na rok 2024 r. szacowany jest na 7,9%.
Do tego należy dodać, znany już na dzień składania ofert, wzrost od 01.01.2024 r. kwoty minimalnego wynagrodzenia.
Zgodnie zatem z dotychczas prezentowanym przez Przystępującego podejściem w zakresie kalkulacji kosztów wykonania zamówienia, aktualnie oferowana cena oferty winna być odpowiednio wyższa od kwoty 837 zł netto/1Mg.
Mając świadomość powyższego, w tym dysponując oświadczeniami Przystępującego zgodnie z którymi cena 707 zł/1mg już w 2022 r. oznacza stratę na zamówieniu, nie sposób było zaakceptować sytuacji, w której Zamawiający, otrzymując od Przystępującego ceną
na poziomie 694 zł netto/1Mg na 2024 r. bezrefleksyjnie uznał tę cenę za realną i nie podejmuje przewidzianych przepisami prawa (art. 224 ust. 1 Pzp) działań mających na celu wyjaśnienie sposobu kalkulacji ceny oferty.
W analogicznych do obecnego postępowaniach przetargowych Przystępujący oferuje znacznie wyższe ceny. Począwszy od 2022 r. Odwołujący nie znalazł przypadku, w którym REMONDIS zaoferowałby choćby kwotę zbliżoną do ceny 694 zł netto/1Mg. Aktualne ceny tego wykonawcy przekraczają kwotę 900 zł/1Mg, w tym w ostatnim przetargu (składanie ofert 23.10.2023 r.) w którym wykonawca ten składał ofertę na terenie Województwa Świętokrzyskiego (Gmina Tarłów) zaoferowana przez niego cena wyniosła 962 zł netto/1Mg, a zatem była o ponad 30% wyższa od zaoferowanej w

przedmiotowym postępowaniu.
Powyższe winno było skłonić Zamawiającego do wyjaśnienia, jakie to szczególne okoliczności uzasadniają oferowanie przez Przystępującego akurat w Gminie Starachowice cen, które nigdzie indziej nie występują.
2 listopada 2023 r. Zamawiający w odpowiedzi na odwołanie wniósł o jego oddalenie.
W uzasadnieniu swojego stanowiska Zamawiający wskazał m.in.:
Zamawiający w Ogłoszeniu o zamówieniu sekcja II Przedmiot pkt 11.2.4.) Opis zamówienia zawarł postanowienie: „Wykonawca przed podpisaniem umowy przedstawi dokumenty potwierdzające spełnienie przez niego wymagań w zakresie realizacji zadania, obejmujące:
f) umowy z instalacjami przetwarzania, odzysku, unieszkodliwiania i składowania odpadów komunalnych".
W Specyfikacji Warunków Zamówienia (SWZ) w pkt I Opis przedmiotu zamówienia wyżej cytowane postanowienie zostało powtórzone. Zamawiający wymagał więc przedstawienia
od wykonawcy wykazu instalacji komunalnych, a nawet umów z konkretnymi instalacjami,
do których Wykonawca będzie przekazywał odebrane od właścicieli nieruchomości odpady komunalne, dopiero przed podpisaniem umowy, a nie w dacie składania oferty. W pkt 17 SWZ pn. Informacje o formalnościach, jakie muszą zostać dopełnione po wyborze oferty w celu zawarcia umowy w sprawie zamówienia publicznego, Zamawiający zobowiązał wykonawcę do przedstawienia, w terminie 7 dni od dnia otrzymania przez niego umowy o realizację zamówienia publicznego, podpisanej przez siebie w 4 jednobrzmiących egzemplarzach umowy oraz m. in. dokumentów wymienionych w pkt I lit. a)-g) SWZ, a więc w tym wymienionych w lit. f) umów z instalacjami przetwarzania, odzysku, unieszkodliwiania
i składowania odpadów komunalnych.
Jak wynikało z Opisu Przedmiotu Zamówienia pkt II Przedmiot zamówienia ppkt 6 lit. c) Zamawiający postawił następujący warunek: „c) Wykonawca zobowiązuje się przekazywać odpady do instalacji/przedsiębiorstw wskazanych przez siebie w Wykazie instalacji, stanowiącym Załącznik nr 1 [omyłka pisarska-powinno być nr 6] do umowy". Zgodnie z pkt 24 ppkt 6 SWZ, wzór umowy stanowi załącznik do SWZ. Zgodnie z § 18 ust. 3 wzoru umowy, integralną część umowy stanowi m. in. Załącznik nr 6 pn. „Wykaz instalacji komunalnych
do której Wykonawca będzie przekazywał odebrane od właścicieli nieruchomości zmieszane odpady komunalne, odpady zielona oraz pozostałości z sortowania odpadów komunalnych przeznaczonych do składowania.
Z powyżej przywołanych postanowień dokumentacji postępowania wynikało w sposób jednoznaczny, że Zamawiający wymagał stosownego wykazu instalacji komunalnych dopiero na etapie podpisywania umowy o udzielenie zamówienia publicznego.
Wskazany przez Odwołującego art. 6d ust. 4 pkt 5 ustawy o utrzymaniu czystości i porządku w gminach skierowany jest do zamawiającego i dopiero w sytuacji, gdy zamawiający wywiąże się z tego obowiązku i zobowiąże wykonawców, wówczas po ich stronie aktualizuje
się obowiązek wskazania listy instalacji w ofercie.
Zamawiający nie wezwał Przystępującego do złożenia wyjaśnień w zakresie wyliczenia ceny, gdyż zaoferowana cena nie była rażąco niska w stosunku do przedmiotu zamówienia
i nie budzi wątpliwości Zamawiającego co do możliwości wykonania przedmiotu zamówienia zgodnie z wymaganiami określonymi w dokumentach zamówienia lub wynikającymi
z odrębnych przepisów, jak również nie jest niższa o co najmniej 30% od wartości zamówienia powiększonej o należny podatek od towarów i usług, ustalonej przed wszczęciem postępowania, ani od średniej arytmetycznej cen wszystkich złożonych ofert. Zamawiający przed wszczęciem postępowania oszacował, że stawka za 1 Mg odpadów wynosi 1 041,92 zł brutto, zaś cena oferty Przystępującego to 749,52 zł brutto /1 Mg (jest niższa o 28,0635 %
od wartości zamówienia). Średnia arytmetyczna cen wszystkich złożonych ofert to 960,30 zł brutto/1 Mg (cena ofertowa jest niższa o 21,9493 %), zaś średnia arytmetyczna cen ofertowych po poprawie wynosi 993,17 zł brutto /1 Mg (cena ofertowa jest niższa o 24,5325 %). Podana cena ofertowa nie budziła wątpliwości Zamawiającego co do możliwości wykonania przedmiotu zamówienia zgodnie z wymogami określonymi przez Zamawiającego.
W wyniku uwzględnienia części zarzutów przedstawionych w odwołaniu wniesionym
w postępowaniu przed otwarciem ofert, Zamawiający dokonał zmiany mogącej mieć wpływ
na wysokość ceny ofertowej, tj. wykreślono z § 7 ust. 1 pkt 3 wzoru umowy karę umowną
za nieosiągnięcie wymaganego poziomu recyklingu, przygotowania do ponownego użycia
i odzysku innymi metodami — w wysokości stanowiący iloczyn stawki opłaty za zmieszane odpady komunalne, określonej w przepisach wydanych na podstawie art. 290 ust. 2 ustawy
z 27 kwietnia 2001 r. — Prawo ochrony środowiska, i brakującej masy odpadów komunalnych wyrażonej w Mg, wymaganej do osiągnięcia odpowiedniego poziomu przygotowania
do ponownego użycia i recyklingu odpadów komunalnych.

Cena ofertowa Odwołującego wynosiła po przeliczeniu 12 469 754,30 zł i przekraczała kwotę przeznaczoną przez Zamawiającego na realizację zamówienia to jest 12 463 643,00 zł.
W związku z powyższym nawet w przypadku uwzględnienia przez Izbę zarzutów odwołania
i odrzucenia oferty Przystępującego, Zamawiający na podstawie art. 255 pkt.3) Pzp unieważni postępowanie o udzielenie zamówienia. Dlatego Odwołujący nie ma interesu we wniesieniu odwołania, gdyż mimo tego, że jego oferta jest sklasyfikowana na drugim miejscu, nawet
w wypadku odrzucenia oferty Przystępującego, Odwołujący nie uzyska zamówienia.

Po przeprowadzeniu rozprawy Izba, uwzględniając dokumentację przedmiotowego postępowania o udzielenie zamówienia publicznego, w tym w szczególności
treść SWZ, jak również biorąc pod uwagę oświadczenia i stanowiska Stron oraz Przystępującego zawarte w odwołaniu, odpowiedzi na odwołanie i piśmie procesowym, a także wyrażone ustnie na rozprawie i odnotowane w protokole, ustaliła i zważyła,
co następuje.
Izba stwierdziła, że nie została wypełniona żadna z przesłanek ustawowych skutkujących odrzuceniem odwołania, wynikających z art. 528 Pzp.
Przystępując do rozpoznania odwołania, Izba ustaliła wystąpienie przesłanek z art. 505 ust. 1 Pzp, tj. istnienie po stronie odwołującego interesu w uzyskaniu zamówienia oraz możliwości poniesienia przez niego szkody w wyniku kwestionowanych czynności zamawiającego. Tym samym Izba uznała za niezasadne twierdzenie Zamawiającego o braku interesu do wniesienia odwołania ze względu na fakt, że cena oferty Odwołującego przekraczała wysokość kwoty przeznaczonej na realizację przedmiotu zamówienia. Ewentualne unieważnienie postępowania w wyniku odrzucenia oferty mieszczącej się w budżecie Zamawiającego jest czynnością przyszłą i niepewną, nie może więc zostać potraktowane jako okoliczność skutkująca brakiem merytorycznego rozpoznania zarzutów odwołania. Co równie istotne, tylko jeden z dwóch zarzutów odwołania mógłby prowadzić do odrzucenia oferty Przystępującego – zarzut nr 2, ewentualny na wypadek nieuwzględnienia pierwszego zarzutu, nie mógłby doprowadzić do takiego skutku w sposób bezpośredni, zatem argumentacja Zamawiającego nie mogłaby w ogóle się do niego odnosić.
Mając na uwadze powyższe Izba merytorycznie rozpoznała złożone odwołanie, uznając,
że w części zasługuje ono na uwzględnienie.
Rozpoznając odwołanie Izba przeprowadziła dowody z:

1. dokumentacji postępowania, ze szczególnym uwzględnieniem SWZ oraz pytań i odpowiedzi do jej treści,
2. oferty Przystępującego oraz pozostałych wykonawców,

dokumentów złożonych przez Odwołującego jako załączniki do odwołania:

3. Wniosku z 10.10.2022 r. o zawarcie aneksu do umowy skierowanego przez Przystępującego do Zamawiającego w toku realizacji poprzedniego zamówienia dotyczącego podniesienia dotychczasowego wynagrodzenia (wraz z załącznikami).

Izba ustaliła, co następuje:
Zarzut nr 1
W treści SWZ nie ma regulacji dotyczących wykazu instalacji do których Wykonawca będzie zobowiązany przekazywać odebrane odpady komunalne.
Będące podstawą zarzutu nr 1 pytanie nr 9 do SWZ (pakiet IV, odpowiedzi z 7 września 2023 r.) brzmiało:
„Zapytanie dotyczy wykazu instalacji
Wykonawca nie odnalazł w plikach udostępnionych przez Zamawiającego wzoru wykazu instalacji, do których Wykonawca będzie zobowiązany przekazywać odebrane odpady komunalne, stąd nasz wniosek o uzupełnienie dokumentacji o ten dokument i wyraźne wskazanie, iż powinien on być dołączony do oferty, jak również wpisany bezpośrednio
do treści formularza ofertowego. Wynika to jasno z przepisów ustawy o utrzymaniu czystości i porządku w gminach (art.. 6f). Zamawiający w kompleksowych przetargach na odbiór
i zagospodarowanie odpadów komunalnych jest zobowiązany żądać od wykonawców wykazu instalacji komunalnych do której Wykonawca będzie przekazywał odebrane od właścicieli nieruchomości odpady komunalne. Złożone na etapie przedkontraktowym deklaracje stanowią dla Zamawiającego podstawę do prawidłowego sformułowania zobowiązania umownego”.
W odpowiedzi Zamawiający wskazał:
„Wskazany wykaz jest wymagany przez Zamawiającego, a jego forma nie jest określona wskazanym art. ustawy”.
Przystępujący, jako jedyny z wykonawców, którzy złożyli oferty w postępowaniu, nie złożył wraz z nią ww. wykazu

instalacji, przy czym podkreślenia wymaga, że wykazy złożone przez pozostałych z wykonawców w istotny sposób różniły się od siebie pod względem stopnia dokładności i poziomu ogólności zawartych w nich informacji.
Biorąc pod uwagę powyższe Izba uznała, że brak jest podstaw do uznania, że oferta Przystępującego była niezgodna z treścią SWZ. Wbrew twierdzeniu Odwołującego odpowiedź Zamawiającego na przytoczone wyżej pytanie nr 9 nie stanowi kategorycznej dyspozycji złożenia wykazu instalacji wraz z ofertą. Zamawiający potwierdził jedynie, że wymaga takiego wykazu, ale nie wskazał momentu jego złożenia. Dlatego też jako ostateczny moment uznać należy chwilę poprzedzającą podpisanie umowy z wybranym wykonawcą. Wywodzenie
z udzielonej odpowiedzi skutków dalszych niż wynikające z literalnej interpretacji jej treści nie jest dopuszczalne, bo prowadziłoby do zmiany jej sensu lub zakresu wynikających z niej obowiązków wykonawców w postępowaniu. W okolicznościach sprawy nie ma przy tym znaczenia fakt, że w treści pytania znalazło się sformułowanie dotyczące tego, że wykaz powinien być dołączony do oferty, jak również wpisany bezpośrednio do treści formularza ofertowego. Nie ma również znaczenia, że zgodnie z art. 6d ust. 4 pkt 5 Ustawy z dnia
13 września 1996 r. o utrzymaniu czystości i porządku w gminach: Wójt, burmistrz
lub prezydent miasta w przypadku sporządzania dokumentów zamówienia określa w nich
w szczególności instalacje, w szczególności instalacje komunalne, do których podmiot odbierający odpady komunalne od właścicieli nieruchomości, jest obowiązany przekazać odebrane odpady – w przypadku udzielania zamówienia publicznego na odbieranie odpadów od właścicieli nieruchomości lub zobowiązuje do wskazania takich instalacji w ofercie –
w przypadku udzielania zamówienia publicznego na odbieranie i zagospodarowywanie tych odpadów; w przypadku niewielkich ilości odebranych odpadów selektywnie zbieranych możliwe jest wskazanie podmiotu zbierającego te odpady.
Przytoczony przepis adresowany jest do wójta, burmistrza lub prezydenta miasta, nie zaś
do wykonawców biorących udział w postępowaniu o udzielenie zamówienia. Z jego treści nie można więc wywieść obowiązku złożenia wykazu instalacji wraz z ofertą nawet w braku jednoznacznej dyspozycji w treści SWZ. W tej sytuacji ocenie mogłaby podlegać co najwyżej zgodność treści SWZ z art. 6d ust. 4 pkt 5 Ustawy o utrzymaniu czystości i porządku
w gminach, ale nie jest to przedmiotem odwołania, ponadto w toku rozprawy Zamawiający przyznał, że nie wypełnił obowiązku wynikającego z ww. przepisu. Stąd wniosek, że do SWZ nie został wprowadzony obowiązek złożenia wykazu instalacji wraz z ofertą, a co za tym idzie oferta Przystępującego nie była sprzeczna z SWZ.
Zarzut nr 2
Między stronami nie było sporu, co do faktu, że w przypadku oferty Przystępującego nie zaistniały przesłanki określone w art. 224 ust. 2 Pzp obligujące Zamawiającego do wezwania tego wykonawcy do złożenia wyjaśnień ceny oferty. Istotą sporu było natomiast to, czy mimo braku obowiązku wynikającego z art. 224 ust. 2 Pzp Zamawiający winien wezwać Przystępującego do odpowiednich wyjaśnień na podstawie art. 224 ust. 1 Pzp, zgodnie
z którym:
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.
Dowodem, który Odwołujący złożył na poparcie swoich twierdzeń był Wniosek
z 10 października 2022 r. o zawarcie aneksu do umowy skierowany przez Przystępującego
do Zamawiającego w toku realizacji poprzedniego zamówienia dotyczący podniesienia dotychczasowego wynagrodzenia. Wniosek dotyczył zadania pn.: Odbieranie
i zagospodarowanie odpadów komunalnych z terenu Gminy Starachowice od właścicieli nieruchomości, na których zamieszkują mieszkańcy. W uzasadnieniu wniosku Przystępujący podniósł, że 16 września 2022 r. ZUO Janik sp. z o.o. poinformował Wykonawcę o nowym cenniku przyjmowania odpadów do zagospodarowania. Przystępujący wskazał na znaczną podwyżkę cen w stosunku do tych przyjętych do oferty złożonej w tamtym postępowaniu.
W konsekwencji Przystępujący wskazał, że wzrost cen ZUO Janik spowoduje,
że „wykonywanie usług przez Remondis sp. z o.o. stanie się niemożliwe wedle pierwotnie ustalonego wynagrodzenia, gdyż koszty związane z realizacją przedmiotu zamówienia publicznego przewyższać będą wynagrodzenie należne Wykonawcy za wykonanie umowy".
Przystępujący podniósł ponadto: „Wskutek podwyżki cen przez przedsiębiorstwo ZUO Janik sp. z o.o. zaistniała konieczność podwyższenia wynagrodzenia co najmniej o 130,00 zł
na każdej odebranej tonie odpadów z Gminy Zamawiającego, w ramach realizacji w/w Umowy".

Odwołujący nie wykazał jednak, by powyższy dowód dotyczył postępowania na tyle podobnego pod względem swojego zakresu i sposobu realizacji świadczenia, by można uznać go dający wystarczające podstawy do potraktowania go jako podstawę do wnioskowań pozwalających na ocenę wiarygodności ceny oferty w obecnym postępowaniu.
W toku rozprawy Zamawiający złożył jednak szereg oświadczeń i wyjaśnień, które doprowadziły Izbę do wniosku, że zarzut nr 2 jest zasadny, a obowiązkiem Zamawiającego było wezwanie Przystępującego do wyjaśnień ceny oferty:

1. W zakresie wspomnianego dowodu Zamawiający oświadczył, że nie wyraził zgody
   na zawarcie aneksu do umowy, zatem cena świadczenia usługi pozostała niezmieniona. Zamawiający oświadczył przy tym, że odmówił waloryzacji, a mimo to Przystępujący jak do tej pory nie pozwał Zamawiającego oraz nie odstąpił od realizacji umowy. Zamawiający wskazał, że nie wie przy tym czy realizowana umowa, mimo braku waloryzacji, jest dla Przystępującego rentowna.
2. Zamawiający wyjaśnił, że z wzoru umowy całkowicie usunął kary umowne
   za nieosiągnięcie poziomu recyklingu, co zmniejszyło ryzyko po stronie wykonawców. Zamawiający wskazał także, że według jego wewnętrznego szacunku usunięcie tych kar mogło obniżyć ceny ofert w granicach 20%. Swojego twierdzenia Zamawiający jednak w żaden sposób nie uzasadnił, nie wyjaśnił też na jakiej podstawie uznał,
   że wspomniana wartość graniczna to właśnie 20%.
3. Zamawiający oświadczył, że zna średnią ilość odpadów odbieranych w ramach przedmiotu zamówienia, zna również Przystępującego jako obecnego wykonawcę zamówienia, a także instalacje z której korzysta. Zamawiający nie wie natomiast jakie koszty pracy ponoszą wykonawcy i nie wie jakie są koszty wynagrodzenia pracowników Wykonawcy.

W oparciu o powyższe stwierdzenia Zamawiającego Izba uznała, że jego twierdzenie o braku wątpliwości, co do rynkowego charakteru ceny oferty Przystępującego nie ma podstaw. Zamawiający wprawdzie kilkakrotnie w sposób kategoryczny zapewnił, że nie miał takich wątpliwości, ale stanowisko wyrażone w toku rozprawy wskazywało, że jego pewność nie wynikała z wiedzy, a co najwyżej z nieuzasadnionego przekonania. Zamawiający wprost przyznał, że nie wie czy wobec odmowy waloryzacji wynagrodzenia obecnie realizowane przez Przystępującego zadanie jest dla niego rentowne. Biorąc pod uwagę zbliżony poziom cen
za odbiór 1Mg odpadów w obecnie realizowanym zamówieniu oraz w ofercie Przystępującego w przedmiotowym postępowaniu, Zamawiający nie mógł też wiedzieć czy cena tej oferty nie jest rażąco niska. Oceny tej nie zmienia fakt usunięcia kar za nieosiągnięcie poziomu recyklingu – ze stanowiska Zamawiającego jasno wynikało, że zakładane obniżenie cen ofert ma charakter szacunkowy.
Wobec powyższego Izba uznała, że mimo, iż Odwołujący nie wykazał pełnej analogii
między obecnie realizowanym przez Przystępującego zadaniem, a przedmiotem zamówienia w niniejszym postępowaniu, to fakt nieznacznego obniżenia ceny oferty w stosunku
do poprzedniego zamówienia winien stanowić dla Zamawiającego podstawę do powzięcia wątpliwości, co do jej realności. Ze stanowiska Zamawiającego wyrażonego w toku rozprawy jasno wynikało, że oceniając cenę nie wziął pod uwagę istotnych, opisanych wyżej czynników, stąd zasadnym było nakazanie mu wezwania Przystępującego do złożenia wyjaśnień
na podstawie art. 224 ust. 1 Pzp.
Mając powyższe na uwadze, orzeczono jak w sentencji.

Przewodniczący: ……..……..……..……..……