

**WYROK**  
**z dnia 8 kwietnia 2022 roku**

**Krajowa Izba Odwoławcza** - w składzie:

**Przewodniczący: Irmina Pawlik**

**Protokolant: Aldona Karpińska**

po rozpoznaniu na rozprawie w dniu 4 kwietnia 2022 r. w Warszawie odwołania wniesionego do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej w dniu 14 marca 2022 r. przez wykonawcę Alba Dolny Śląsk Spółka z ograniczoną odpowiedzialnością z siedzibą we Wrocławiu w postępowaniu prowadzonym przez zamawiającego 2 Wojskowy Oddział Gospodarczy we Wrocławiu

przy udziale wykonawcy FBSerwis Odbiór Spółka z ograniczoną odpowiedzialnością z siedzibą w Warszawie zgłaszającego przystąpienie do postępowania odwoławczego po stronie zamawiającego

**orzeka:**

1. oddala odwołanie;
2. kosztami postępowania obciąża odwołującego Alba Dolny Śląsk Spółka z ograniczoną odpowiedzialnością z siedzibą we Wrocławiu i:
  - 2.1. zalicza w poczet kosztów postępowania odwoławczego kwotę 15 000 zł 00 gr (słownie: piętnaście tysięcy złotych zero groszy) uiszczoną przez odwołującego tytułem wpisu od odwołania;
  - 2.2. zasądza od odwołującego Alba Dolny Śląsk Spółka z ograniczoną odpowiedzialnością z siedzibą we Wrocławiu na rzecz zamawiającego 2 Wojskowego Oddziału Gospodarczego we Wrocławiu kwotę 4 068 zł 00 gr (słownie: cztery tysiące sześćdziesiąt osiem złotych zero groszy) stanowiącą koszty postępowania poniesione przez zamawiającego z tytułu wynagrodzenia pełnomocnika oraz dojazdu na rozprawę.

Stosownie do art. 579 ust. 1 i 580 ust. 1 i 2 ustawy z dnia 11 września 2019 r. - Prawo zamówień publicznych (t.j. Dz. U. z 2021 r. poz. 1129 ze 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:** .....

## **Uzasadnienie**

2 Wojskowy Oddział Gospodarczy we Wrocławiu (dalej jako „Zamawiający”) prowadzi postępowanie o udzielenie zamówienia publicznego w trybie przetargu nieograniczonego pn. „Odbiór i transport odpadów komunalnych z terenu sekcji obsługi infrastruktury nr 3 we Wrocławiu” (nr ref. INFR/692/2021). Ogłoszenie o zamówieniu zostało opublikowane Dzienniku Urzędowym Unii europejskiej z dnia 25 stycznia 2022 r. pod numerem 2022/S 017-040950. Do ww. postępowania o udzielenie zamówienia zastosowanie znajdują przepisy ustawy z dnia 11 września 2019 r. - Prawo zamówień publicznych (t.j. Dz. U. z 2021 r. poz. 1129 ze zm., dalej „ustawa Pzp”). Wartość szacunkowa zamówienia przekracza progi unijne, o których mowa w art. 3 ustawy Pzp.

W dniu 14 marca 2022 r. wykonawca Alba Dolny Śląsk Spółka z ograniczoną odpowiedzialnością z siedzibą w Wałbrzychu (dalej jako „Odwołujący”) wniósł odwołanie wobec czynności wyboru oferty wykonawcy FBSerwis Odbiór Spółka z ograniczoną odpowiedzialnością z siedzibą w Warszawie (dalej jako „Przystępujący”) jako najkorzystniejszej w postępowaniu oraz zaniechania unieważnienia postępowania. Odwołujący zarzucił Zamawiającemu naruszenie:

1. art. 255 pkt 6 w zw. z art. 16 i art. 17 ustawy Pzp poprzez zaniechanie unieważnienia postępowania o udzielenie zamówienia publicznego w sytuacji, gdy opis przedmiotu zamówienia w zakresie ilości wywozów odpadów wielkogabarytowych jest niejednoznaczny, ponieważ formularz ofertowy, który zgodnie z załącznikiem nr 6 do SWZ - OPIS PRZEDMIOTU ZAMÓWIENIA wskazywał potrzeby ilościowe pojemników i kontenerów do gromadzenia odpadów ze wskazaniem rodzaju odpadów i częstotliwości ich opróżniania z jednej strony wskazuje, że 44 kontenery na odpady wielkogabarytowe to szacunkowa ilość kontenerów na rok, a zatem należało uwzględnić, że w okresie 22 miesięcy świadczenia usługi kontenerów tych będzie proporcjonalnie więcej, z drugiej zaś strony w części C tabeli formularza ofertowego dotyczącej odpadów wielkogabarytowych założono, że 44 to liczba kontenerów do odbioru w ciągu 22 miesięcy świadczenia usługi, co skutkowało złożeniem nieporównywalnych ofert, gdyż Zamawiający na podstawie treści złożonych ofert nie jest w stanie jednoznacznie wywieść sposobu ich obliczenia i zakresu oferowanej przez poszczególnych wykonawców usługi, a Zamawiający zaniechał wezwania wykonawców do złożenia wyjaśnień dotyczących treści złożonych ofert co do tego, jakie ilości kontenerów na odpady wielkogabarytowe przyjęli do wyceny;

ewentualnie z ostrożności, na wypadek nieuwzględnienia zarzutu z pkt 1

2. art. 224 ust. 1 pkt 1 w zw. z art. 16 i art. 17 ustawy Pzp poprzez zaniechanie wezwania Przystępującego do złożenia wyjaśnień, w tym złożenia dowodów w zakresie wyliczenia ceny, w sytuacji gdy cena całkowita oferty złożonej przez tego Wykonawcę jest niższa aż o 77,74 % od wartości zamówienia powiększonej o należny podatek od towarów i usług, ustalonej przed wszczęciem postępowania, a rozbieżność ta nie wynika z okoliczności oczywistych, które nie wymagają wyjaśnienia

Odwołujący wniósł o uwzględnienie odwołania i nakazanie Zamawiającemu unieważnienia postępowania o udzielenie zamówienia publicznego, ewentualnie unieważnienie czynności wyboru oferty Przystępującego jako najkorzystniejszej oraz powtórzenia czynności badania i oceny ofert w postępowaniu i wezwania Przystępującego do złożenia wyjaśnień, w tym dowodów, w zakresie wyliczenia ceny.

Uzasadniając zarzut nr 1 Odwołujący podniósł, iż Zamawiający zobligowany jest prowadzić postępowanie o udzielenie zamówienia publicznego z należytą starannością, przestrzegając zasad, o których mowa w art. 16 i art. 17 ustawy Pzp, czego w realiach niniejszego postępowania zaniechał. Zdaniem Odwołującego na podstawie dokumentacji postępowania niemożliwe jest określenie rzeczywistego zakresu zamówienia, a zatem ustalenie zakresu rzeczywistych potrzeb Zamawiającego i należyta kalkulacja oferty. Opis przedmiotu zamówienia w zakresie ilości wywozów odpadów wielkogabarytowych jest niejednoznaczny, ponieważ formularz ofertowy, który wskazywał potrzeby ilościowe pojemników i kontenerów do gromadzenia odpadów ze wskazaniem rodzaju odpadów i częstotliwości ich opróżniania z jednej strony wskazuje, że 44 kontenery na odpady wielkogabarytowe, to szacunkowa ilość odpadów na rok, a zatem należało uwzględnić, że w okresie 22 miesięcy świadczenia usługi kontenerów tych będzie proporcjonalnie więcej, z drugiej zaś strony w części C tabeli formularza ofertowego dotyczącej odpadów wielkogabarytowych założono, że 44 to liczba kontenerów do odbioru w ciągu 22 miesięcy świadczenia usługi. Są to okoliczności, które mogły mieć wpływ na krąg potencjalnych wykonawców. W tych okolicznościach uprawnione jest twierdzenie, że wykonawcy nie mogą jednoznacznie określić zakresu zamówienia, nie byli w stanie na podstawie informacji udostępnionych w treści dokumentacji postępowania skalkulować kosztów oraz ryzyk związanych z realizacją przedmiotu zamówienia, a zatem nie dysponowali wystarczającymi informacjami do obliczenia ceny ofertowej. Niezachowanie przejrzystości w niniejszym postępowaniu mogło mieć zatem wpływ na konkurencyjność.

Zdaniem Odwołującego wobec niejasnych zapisów formularza ofertowego, brak jest możliwości porównania ofert złożonych przez wykonawców. Zamawiający wobec braku jednoznacznych zapisów OPZ i formularza ofertowego co do szacowanej liczby odbiorów kontenerów na odpady wielkogabarytowe w toku realizacji usługi nie jest w stanie

jednoznacznie wywieść ani sposobu obliczenia ceny przez wykonawców, ani zakresu oferowanej przez poszczególnych wykonawców usługi. Zamawiający nie jest w stanie określić, czy wykonawcy oferują odbiór 44 kontenerów na odpady wielkogabarytowe czy też odbiór proporcjonalnie większej liczby tych kontenerów z uwzględnieniem informacji, że 44 kontenery na odpady wielkogabarytowe to szacunkowa ilość odpadów na rok. Adnotacji oznaczonej dwiema gwiazdkami nie uwzględnia część C tabeli zawartej w formularzu ofertowym oraz opis kolumn zawierający instrukcję jej wypełnienia, czyli wskazówki dotyczące sposobu obliczenia ceny jednostkowej za odbiór i transport odpadów wielkogabarytowych, a w konsekwencji także sposobu obliczenia całościowej ceny za realizację przedmiotu zamówienia. Odwołujący stwierdził, że Zamawiający w okolicznościach niniejszego postępowania nie może wezwać wykonawców do złożenia wyjaśnień dotyczących treści złożonych ofert na podstawie art. 223 ust. 1 Pzp w przedmiocie, jakie ilości kontenerów na odpady wielkogabarytowe przyjęli do wyceny, gdyż każda odpowiedź na to pytanie, w szczególności po zapoznaniu się z ofertą konkurencji, mogłaby zostać uznana za niedopuszczalną zmianę treści złożonej oferty inspirowaną zapytaniem Zamawiającego. Zapis oznaczony symbolem „\*\*” wprowadził chaos, który w konsekwencji doprowadził do złożenia dwóch ofert, które przez pozornie błahe zaniedbanie znacząco mogą się od siebie różnić. Tym samym w okolicznościach postępowania zdaniem Odwołującego mamy do czynienia z wadą uniemożliwiającą zawarcie niepodlegającej unieważnieniu umowy o zamówienie publiczne, gdyż Zamawiający nie jest w stanie stwierdzić, czy wykonawcy nie dokonali różnej interpretacji sposobu obliczenia ceny w zakresie odpadów wielkogabarytowych. Zamawiający nie wie i nie jest w stanie bezspornie ustalić, czy obaj wykonawcy wskazali cenę uwzględniającą wywóz 44 kontenerów na odpady wielkogabarytowe w ciągu 22 miesięcy realizacji przedmiotu zamówienia, czy też wywóz niemalże dwukrotnie większej liczby kontenerów. Oznacza to, że Zamawiający nie jest w stanie określić, czy wyliczenie ceny jednostkowej za odbiór i transport odpadów wielkogabarytowych w złożonych ofertach jest zgodny z zakresem zamówienia.

Odwołujący zauważył, że w rozdziale XII pkt 3 SWZ Zamawiający zastrzegł, że ofertę składa się z wykorzystaniem wzoru formularza stanowiącego załącznik nr 1 do SWZ. Wykonawcy byli więc związani wzorem formularza ofertowego przygotowanym przez Zamawiającego. Zgodnie z rozdziałem XV pkt 1 SWZ wykonawca zobligowany był podać cenę za realizację przedmiotu zamówienia zgodnie ze wzorem formularza ofertowego (załącznik nr 1 do SWZ). W świetle rozdziału XV pkt 2 SWZ cena brutto oferty miała uwzględniać wszystkie koszty związane z realizacją przedmiotu zamówienia. Dysproporcja w zakresie liczby kontenerów na odpady wielkogabarytowe objętych przedmiotem zamówienia

wynikająca z braku należytej staranności Zamawiającego, jest okolicznością, która nie pozostaje bez wpływu na sposób kalkulacji ceny ofertowej przez wykonawców. W oczywisty sposób nasuwają się zatem pytania, czy ceny jednostkowe obu oferentów za jeden kontener nie uległyby modyfikacji (drożej/taniej) przy wycenie niemalże dwukrotności 44 sztuk kontenerów na odpady wielkogabarytowe. Czy wykonawcy niedysponujący potencjałem w postaci tak dużej liczby kontenerów wielkogabarytowych, nie podjęli decyzji o nieprzystąpieniu do postępowania z uwagi na brak możliwości świadczenia usługi w tak dużej skali. Uznać należy, że sposób sformułowania opisu przedmiotu zamówienia i wadliwości formularza ofertowego przyczynić się mogły do takiej a nie innej decyzji potencjalnych wykonawców, co stanowi wadliwość mającą wpływ na krąg potencjalnych wykonawców, a zatem i na zachowanie uczciwej konkurencji w postępowaniu.

W ocenie Odwołującego w okolicznościach postępowania zachodzi sytuacja analogiczna do tej, która zachodziła w postępowaniu nr INFR/547/2021. W tamtym postępowaniu Zamawiający uznał, że mamy do czynienia z wadą postępowania skutkującą koniecznością unieważnienia postępowania na podstawie art. 255 pkt 6 ustawy Pzp., a prawidłowość decyzji Zamawiającego została potwierdzona wyrokiem Krajowej Izby Odwoławczej z dnia 4 stycznia 2022 r. o sygn. akt KIO 3629/21. Również w tym przypadku uznać należy, że w warunkach przedmiotowego postępowania o udzielenie zamówienia publicznego Zamawiający nie miał możliwości poprawienia ofert złożonych w postępowaniu na podstawie art. 223 ust. 2 pkt 3 ustawy Pzp., gdyż te prowadziłyby do istotnej zmiany w treści oferty, a to niemal podwojenia liczby kontenerów na odpady wielkogabarytowe, które podlegają odebraniu w toku realizacji usługi. Innymi słowy doszłoby do znacznej zmiany zakresu zamówienia. Bezcelowe pozostawało więc wzywaniem wykonawców do złożenia wyjaśnień złożonej oferty. Gdyby Zamawiający zauważył błąd przed terminem składania ofert, miał możliwość z uwagi na zmianę zakresu zamówienia unieważnienia postępowania stosownie do art. 137 ust. 7 ustawy Pzp lub do wprowadzenia zmian w treści dokumentacji postępowania z jednoczesnym przedłużeniem terminu niezbędnego na przygotowanie ofert. Na obecnym etapie postępowania, tj. po upływie terminu składania ofert, takiej możliwości już nie ma, a zatem jednym możliwym sposobem zakończenia postępowania powinno być jego unieważnienie.

Odwołujący zwrócił też uwagę na zapisy dokumentów postępowania dotyczące zagwarantowania wykonawcy minimalnego poziomu świadczenia. Zgodnie z § 1 ust. 8 projektu umowy - Zamawiający przewiduje możliwość ograniczenia zakresu zamówienia, jednakże minimalna wartość świadczenia wykonawcy będzie nie mniejsza niż 70% wynagrodzenia. Maksymalną wartość wynagrodzenia wykonawcy odpowiada całkowitej cenie ofertowej brutto, jest więc wyznaczona przez sumę wszystkich cen jednostkowych.

Przyjęcie do obliczeń w sekcji C formularza ofertowego zaledwie 44 kontenerów, w sytuacji gdy nie jest do końca jasne, czy zamówieniem nie jest objęta niemal dwukrotnie wyższa liczba kontenerów w istotny sposób wpływa na zakres świadczenia wynikającego z umowy. Jedynie na marginesie należy zauważyć, że w poprzednim postępowaniu przetargowym, Zamawiający dopiero w uzasadnieniu unieważnienia postępowania o udzielenie zamówienia wskazał, że należało przyjąć wywóz maksymalnie 24 pojemników wielkogabarytowych w ciągu roku. Dla celów niniejszego postępowania Zamawiający przygotował jednak nową dokumentację postępowania, nowy formularz ofertowy, w którym odmiennie, choć niestety nadal w sposób pozostawiający wątpliwości, określił liczbę kontenerów na odpady wielkogabarytowe. Wpływ braku zachowania przejrzystości przez Zamawiającego przy sporządzaniu dokumentacji postępowania na zakres minimalnego poziomu świadczenia jest więc oczywisty, co uznać należy za okoliczność wypełniającą definicję istotnej zmiany umowy, o której mowa w art. 454 ust. 2 pkt 3 ustawy Pzp, stanowiącej, że zmiana ma charakter istotny jeśli w sposób znaczny rozszerza lub zmniejsza zakres świadczeń i zobowiązań wynikający z umowy. Przekładając powyższe na kwestię respektowania zasady efektywności ekonomicznej w niniejszym postępowaniu, uprawniony jest wniosek, że doszło do jej naruszenia.

Uzasadniając zarzut nr 2 odwołania wskazano, iż bezpośrednio przed otwarciem ofert Zamawiający na podstawie art. 222 ust. 4 ustawy Pzp poinformował, że na sfinansowanie zamówienia zamierza przeznaczyć kwotę 4 195 063,94 zł brutto. Z protokołu postępowania wynika, że Zamawiający ustalił wartość zamówienia na kwotę 3 884 318,46 zł, co stanowi równowartość 909 825,61 euro. Kwota ta powiększona o wartość podatku VAT, wynoszącego 8%, wynosi 4 195 063,94 zł, a zatem odpowiada kwocie, jaką Zamawiający zamierza przeznaczyć na sfinansowanie zamówienia. Tym samym wartość oferty złożonej przez Przystępującego – 933 905,68 zł brutto jest aż o 77,74 % niższa od wartości zamówienia powiększonej o należny podatek od towarów i usług, ustalonej przed wszczęciem postępowania. W okolicznościach niniejszego postępowania nie można przy tym uznać, by rozbieżność ta wynikała z okoliczności oczywistych, które nie wymagają wyjaśnienia. Zamawiający nie wskazał w protokole postępowania na żadne przyczyny, które uzasadniałyby brak wezwania do wyjaśnienia rażąco niskiej ceny. Tym samym uznać należy, że odstąpienie od czynności wezwania Przystępującego do złożenia wyjaśnień, w tym złożenia dowodów w zakresie wyliczenia ceny, w sytuacji gdy cena całkowita oferty złożonej przez tego Wykonawcę jest niższa aż o 77,74 % od wartości zamówienia powiększonej o należny podatek od towarów i usług, ustalonej przed wszczęciem postępowania, stanowi zaniechanie Zamawiającego, a nie jego świadomą, przemyślaną, popartą merytorycznym uzasadnieniem decyzję. Należy mieć na uwadze, że Zamawiający zobligowany jest ustalić

szacunkową wartość zamówienia z należytą starannością, i to w stosunku do niej po powiększeniu o należny podatek od towarów i usług, powinien dokonywać oceny złożonych ofert.

Odwołujący podniósł ponadto, iż z obowiązku wezwania Przystępującego do złożenia wyjaśnień w zakresie sposobu wyliczenia ceny nie zwalnia Zamawiającego także okoliczność, że cena ofertowa Odwołującego była na poziomie zbliżonym do oferty Przystępującego. Miarodajna dla ustalenia, czy zachodzą przesłanki skutkujące obowiązkiem wezwania wykonawcy do złożenia wyjaśnień, w tym złożenia dowodów w zakresie wyliczenia ceny, jest bowiem wartość zamówienia powiększona o należny podatek od towarów i usług, ustalona przed wszczęciem postępowania. Odwołujący zauważył również, że Zamawiający w protokole postępowania wskazał, że ustalił wartość szacunkową zamówienia w dniu 30.11.2021 r. na podstawie średniej cen ofert dwóch firm na usługę odbioru i transportu odpadów komunalnych, które wpłynęły do unieważnionego postępowania INFR/547/2021. Prognozowany do szacunku wzrost cen 10% związany jest ze wzrostem minimalnego wynagrodzenia w 2022 roku, kosztem materiałów i sprzętu do wykonania zamówienia oraz przewidywany wzrost płacy minimalnej w następnych latach. Odwołujący wskazuje, że średnia cen z ofert z postępowania, na które powołuje się Zamawiający powiększona o 10% wynosi 1 614 370,98 zł. W tym przypadku również aktualizują się przesłanki do wezwania Przystępującego do złożenia wyjaśnień czy nie zachodzi rażąco niska cena. Oferta ta jest bowiem aż o 42,15% niższa niż tak ustalona szacunkowa wartość zamówienia. Jednakże Odwołujący podkreśla, że niemiarodajnym jest określenie szacunkowej wartości zamówienia w oparciu o oferty złożone w postępowaniu INFR/547/2021, w sytuacji gdy zostało ono unieważnione przez Zamawiającego z uwagi na odmienne obliczenie ceny za odpady wielkogabarytowe – wadliwy opis przedmiotu zamówienia skutkowało niemal 20 % różnicą w wartości całej oferty. Jako dowód Odwołujący załączył informację z otwarcia ofert z dnia 19.11.2021 r., formularze ofertowe z postępowania INFR/547/2021 oraz uzasadnienie unieważnienia postępowania z dnia 1.12.2021 r. Okoliczność ta, zdaniem Odwołującego, świadczy o braku należytej staranności Zamawiającego i przygotowaniu i prowadzeniu postępowania w sposób odpowiadający podstawowym zasadom udzielenia zamówień publicznych. Zamawiający uchybił obowiązkowi wynikającemu z art. 224 ust. 2 pkt 1 ustawy Pzp., co skutkowało tym, że w postępowaniu z naruszeniem przepisów ustawy dokonano wyboru oferty najkorzystniejszej.

Zamawiający w dniu 4 kwietnia 2022 r. złożył odpowiedź na odwołanie, w której wniósł o oddalenie odwołania i przedstawił swoje stanowisko merytoryczne w zakresie podniesionych w odwołaniu zarzutów. Do odpowiedzi na odwołanie załączono także dowody.

Wykonawca FBSerwis Odbiór Spółka z ograniczoną odpowiedzialnością z siedzibą w Warszawie w dniu 4 kwietnia 2022 r. złożył pismo procesowe, wnosząc o oddalenie odwołania i przedstawiając argumentację merytoryczną w odniesieniu do poniesionych przez Odwołującego zarzutów.

**Po przeprowadzeniu rozprawy z udziałem Stron i Uczestnika postępowania, na podstawie zgromadzonego w sprawie materiału dowodowego, Krajowa Izba Odwoławcza ustaliła i zważyła, co następuje:**

Izba stwierdziła skuteczność przystąpienia zgłoszonego do postępowania odwoławczego po stronie Zamawiającego przez wykonawcę FBSerwis Odbiór Spółka z ograniczoną odpowiedzialnością z siedzibą w Warszawie i dopuściła ww. wykonawcę do udziału w postępowaniu w charakterze Uczestnika.

Izba stwierdziła, iż nie została wypełniona żadna z przesłanek skutkujących odrzuceniem odwołania w całości na podstawie art. 528 ustawy Pzp. Izba uznała ponadto, iż spełnione zostały materialnoprawne przesłanki dopuszczalności odwołania, o których mowa w art. 505 ust. 1 ustawy Pzp.

Izba dokonała ustaleń faktycznych w oparciu o dokumentację postępowania o udzielenie zamówienia przekazaną przez Zamawiającego, w szczególności SWZ (w tym wzór formularza ofertowego oraz OPZ), informację dotyczącą szacowania wartości zamówienia, informację z otwarcia ofert, oferty wykonawców, zawiadomienie o wyborze oferty najkorzystniejszej. Ponadto Izba na poczet materiału dowodowego zaliczyła również dowody z dokumentów złożonych przez Odwołującego: tj. informacji z otwarcia ofert z dnia 19.11.2021 r. (postępowanie nr INFR/547/2021), formularzy ofertowych z postępowania nr INFR/547/2021, uzasadnienia unieważnienia postępowania nr INFR/547/2021, odpowiedzi na odwołanie złożonej przez Zamawiającego w sprawie o sygn. akt: KIO 3629/21, odpisu wyroku Izby w sprawie o sygn. akt: KIO 3629/21 oraz wezwań skierowanych przez Zamawiającego do Odwołującego do wyjaśnienia cen oferty w innych postępowaniach o udzielenie zamówienia, a także złożonych przez Zamawiającego dokumentów związanych z aktualizacją wartości szacunkowej zamówienia. Załączony przez Zamawiającego do odpowiedzi na odwołanie dowód w postaci orzeczenia SKO 4138/101/14 z 16 października 2014 r. Izba pominęła, jako nie mający znaczenia dla rozstrzygnięcia.

**Izba ustaliła, co następuje:**

Przedmiotem zamówienia jest usługa polegająca na odbiorze i transporcie odpadów komunalnych z terenu Sekcji Obsługi Infrastruktury nr 3 we Wrocławiu. Opis przedmiotu zamówienia stanowił załącznik nr 6 do SWZ. Wskazano w nim m.in., iż szczegółowy wykaz



odpadów, częstotliwość wywozów oraz rejon zawarto w formularzu ofertowym i w rozliczeniu do faktury. Termin wykonania zamówienia określono od dnia podpisania umowy do dnia 31.12.2023 r. lub do wyczerpania środków finansowych przeznaczonych na realizację umowy. Wykonawcy zobowiązani byli złożyć ofertę z wykorzystaniem wzoru formularza ofertowego stanowiącego załącznik nr 1 do SWZ. W rozdziale XV SWZ zawierającym opis sposobu obliczenia ceny wskazano, iż wykonawca podaje cenę za realizację przedmiotu zamówienia zgodnie ze wzorem formularza ofertowego, a cena brutto musi uwzględniać wszystkie koszty związane z realizacją przedmiotu zamówienia zgodnie z SWZ.

Wzór formularza ofertowego zawierał tabelę, w której należało wypełnić m.in. oferowane ceny jednostkowe za pojemnik, wartość usługi za miesiąc i wartość usługi za 22 miesiące realizacji. Część C tabeli dotyczyła odpadów wielkogabarytowych i miała następującą postać:

C									
Odpady wielkogabarytowe**									
L.p.	Wielkość pojemnika [l/m <sup>3</sup> ]	Ilość sztuki	Średnia częstotliwość odbioru w miesiącu	Stawka NETTO za pojemnik	Wartość NETTO za 22 m-ce [kol. 3*kol 5]	Stawka VAT [%]	Wartość VAT za 22 m-ce [kol 6*kol 7]	Wartość BRUTTO za 22 m-ce [zł] [kol.6+kol 8]	
1	16m <sup>3</sup>	44	pisemne zlecenie						kompleksy SOI 3 (kompleks 2328 ul. Trzmielowicka 28, kompleks 2837 ul. Graniczna 13, kompleks 4576 Pietrzykowice)
<b>Razem gabaryty</b>									

Jednocześnie pod tabelą zawarto dwie następujące uwagi:

\* wartości przyjęte w formularzu są wartościami szacunkowymi do wyliczenia wartości oferty

\*\* odpady wielkogabarytowe: szacunkowa ilość na rok.

Ponadto formularzu należało wypełnić m.in. poniższe dane:

**KRYTERIUM: WARTOŚĆ OFERTY ZA 22 MIESIĄCE (tab. A+B+C):**

**Wartość netto** (cyfrowo): ..... zł

(słownie:.....),

**Wartość VAT** (cyfrowo): ..... zł

(słownie:.....),

**Wartość brutto** (cyfrowo): ..... zł

(słownie:.....)

Zamawiający ustalił wartość szacunkową zamówienia na kwotę 3 884 318,46 zł netto (po 1 942 159,23 zł na rok 2022 i 2023). Jak wynika z wniosku o wszczęcie postępowania wartość tę ustalono w dniu 30 listopada 2021 r. w oparciu o średnią cenę z ofert dwóch firm na usługę odbioru i transportu odpadów komunalnych, które wpłynęły do unieważnionego postępowania INFR/547/2021. Wskazano, iż prognozowany do szacunku wzrost cen 10%

związany jest ze wzrostem minimalnego wynagrodzenia w 2022 r., kosztem materiałów i sprzętu do wykonania zamówienia oraz przewidywanym wzrostem płacy minimalnej w następnych latach. Zamawiający wskazał, iż przewiduje się udzielenie usług w okresie 3 lat od dnia udzielenia zamówienia podstawowego wykonawcy, z którym zostanie podpisana umowa, polegających na powtórzeniu podobnych usług zgodnie z jego przedmiotem, tj. odbiór odpadów stałych komunalnych, odbiór odpadów segregowanych, odbiór odpadów wielkogabarytowych. Całkowita wartość tego zamówienia została uwzględniona przy obliczeniu jego wartości: kwota netto (do końca roku 2022) + 50% wartości zamówienia podstawowego. Całkowita wartość zamówienia: 5 826 477,69 zł, w tym wartość zamówienia wskazanego powyżej 1 942 159,23 zł. Zamawiający wskazał, iż kwota jaką zamierza przeznaczyć na sfinansowanie zamówienia to 4 195 063,94 zł.

W postępowaniu oferty złożyło dwóch wykonawców: Odwołujący z ceną 1 032 875,70 zł brutto i Przystępujący z ceną 933 905,68 zł brutto. Po poprawieniu omyłek w ofertach ww. wykonawców ceny kształtowały się następująco: cena oferty Odwołującego 1 032 874,70 zł, cena oferty Przystępującego 933 905,63 zł. Odwołujący w tabeli w formularzu ofertowym, w części C Odpady wielkogabarytowe wskazał stawkę netto za pojemnik 1 790,00 zł, wartość netto za 22 m-ce 78 760,00 zł (wartość brutto za 22 m-ce 85 060,80 zł). Przystępujący w tabeli w formularzu ofertowym, w części C Odpady wielkogabarytowe wskazał stawkę netto za pojemnik 1 500,00 zł, wartość netto za 22 m-ce 66 000,00 zł (wartość brutto za 22 m-ce 71 280,00 zł).

Zamawiający w dniu 4 marca 2022 r. zawiadomił wykonawców o wyborze oferty Przystępującego jako najkorzystniejszej w postępowaniu.

#### **Izba zważyła, co następuje:**

Biorąc pod uwagę zgromadzony w sprawie materiał dowodowy, poczynione ustalenia faktyczne oraz orzekając w granicach zarzutów zawartych w odwołaniu, Izba stwierdziła, iż odwołanie nie zasługuje na uwzględnienie.

Zasadniczym przedmiotem sporu w rozpoznawanej sprawie była okoliczność, czy zauważona przez Odwołującego niejednoznaczność w dokumentach zamówienia (tj. w treści formularza ofertowego w zakresie ilości pojemników na odpady wielkogabarytowe) stanowiła niemożliwą do usunięcia wadą uniemożliwiającą zawarcie niepodlegającej unieważnieniu umowy, a zatem czy zaistniała podstawa do unieważnienia postępowania o udzielenie zamówienia na podstawie art. 255 pkt 6 ustawy Pzp. W ocenie Izby Odwołujący nie wykazał, aby tego rodzaju podstawa zmaterializowała się w postępowaniu nr INFR/692/2021, tym samym nie potwierdził się zarzut naruszenia przez Zamawiającego art. 255 pkt 6 w zw. z art. 16 i 17 ustawy Pzp.

Zgodnie z art. 16 ustawy Pzp zamawiający przygotowuje i przeprowadza postępowanie o udzielenie zamówienia w sposób: 1) zapewniający zachowanie uczciwej konkurencji oraz równe traktowanie wykonawców; 2) przejrzysty; 3) proporcjonalny. Art. 17 ust. 1 ustawy Pzp stanowi z kolei, iż zamawiający udziela zamówienia w sposób zapewniający: 1) najlepszą jakość dostaw, usług, oraz robót budowlanych, uzasadnioną charakterem zamówienia, w ramach środków, które zamawiający może przeznaczyć na jego realizację, oraz 2) uzyskanie najlepszych efektów zamówienia, w tym efektów społecznych, środowiskowych oraz gospodarczych, o ile którykolwiek z tych efektów jest możliwy do uzyskania w danym zamówieniu, w stosunku do poniesionych nakładów. Zgodnie z ust. 2 tego przepisu zamówienia udziela się wykonawcy wybranemu zgodnie z przepisami ustawy, z kolei zgodnie z ust. 3 czynności związane z przygotowaniem oraz przeprowadzeniem postępowania o udzielenie zamówienia wykonują osoby zapewniające bezstronność i obiektywizm.

Art. 255 pkt 6 ustawy Pzp stanowi, że Zamawiający unieważnia postępowanie o udzielenie zamówienia, jeżeli postępowanie obarczone jest niemożliwą do usunięcia wadą uniemożliwiającą zawarcie niepodlegającej unieważnieniu umowy w sprawie zamówienia publicznego.

Z powyższego przepisu wynika, iż zamawiający obowiązany jest unieważnić prowadzone postępowanie, jeżeli łącznie zostaną spełnione następujące przesłanki: postępowanie musi być obarczone wadą, czyli w postępowaniu doszło do naruszenia przez zamawiającego przepisów regulujących jego prowadzenie, wada ta jest niemożliwa do usunięcia (jeśli wada jest usuwalna, konieczne jest jej usunięcie – w takim przypadku nie ma możliwości unieważnienia postępowania), stwierdzona wada postępowania musi być na tyle istotna, że uniemożliwia zawarcie niepodlegającej unieważnieniu umowy w sprawie zamówienia publicznego. Art. 255 pkt 6 ustawy Pzp pozostaje w korelacji z art. 457 ust. 1 ustawy Pzp, który zawiera katalog sytuacji, w jakich umowa podlega unieważnieniu. Katalog ten ulega rozszerzeniu na gruncie art. 457 ust. 5 ustawy Pzp o możliwość żądania unieważnienia umowy na podstawie art. 70<sup>5</sup> Kodeksu cywilnego (czyli w przypadku, gdy strona umowy, inny uczestnik lub osoba działająca w porozumieniu z nimi wpłynęła na wynik aukcji albo przetargu w sposób sprzeczny z prawem lub dobrymi obyczajami). Jak wskazano m.in. w wyroku KIO z dnia 23 marca 2022 r., sygn. akt KIO 624/22, unieważnienie postępowania stanowi czynność o charakterze wyjątkowym, która definitywnie kończy postępowanie o udzielenie zamówienia publicznego i zamyka drogę wykonawcom do uzyskania zamówienia, tym samym nie zostaje osiągnięty cel postępowania, jakim jest udzielenie zamówienia. Dlatego też, katalog przesłanek pozwalających unieważnić postępowanie nie powinien podlegać wykładni rozszerzającej. Dla spełnienia przesłanek z

art. 255 pkt 6 ustawy Pzp konieczne jest wystąpienie związku przyczynowego pomiędzy zaistniałą wadą, a niemożnością zawarcia ważnej umowy.

Mając na uwadze powyższe rozważania, w pierwszej kolejności Izba stwierdziła, że odwołanie nie dowiodł, aby dostrzeżona nieścisłość we wzorze formularza ofertowego stanowiła wadę postępowania, która uniemożliwia zawarcie niepodlegającej unieważnieniu umowy. Odwołujący – w zasadzie wyłącznie w oparciu o fakt unieważnienia przez Zamawiającego poprzedniego postępowania (nr INFR/547/2021) – forsował tezę, że również w przedmiotowym postępowaniu o udzielenie zamówienia zachodziła wada postępowania uniemożliwiająca zawarcie niepodlegającej unieważnieniu umowy. Jednocześnie Odwołujący nie przedstawił argumentacji wykazującej, że mamy do czynienia z wadą o charakterze kwalifikowanym, z wadą rzutującą na ważność umowy w sprawie zamówienia publicznego. Podkreślić należy, że nie każda wada postępowania jest wadą, o której mowa w art. 255 pkt 6 ustawy Pzp. Uzasadnienie odwołania nie odnosi się w ogóle do kwestii wpływu stwierdzonej wady na potencjalną konieczność unieważnienia umowy zawartej w wyniku przedmiotowego postępowania o udzielenie zamówienia, Odwołujący nie wskazuje nawet w oparciu o jaką podstawę prawną wywodzi skutek nieważności przyszłej umowy, pomijając zachodzącą pomiędzy art. 255 pkt 6 ustawy Pzp a art. 457 ust. 1 ustawy Pzp korelację. Słusznie zatem stwierdził w piśmie procesowym Przystępujący, że Odwołujący stawiając zarzut naruszenia art. 255 pkt 6 ustawy Pzp nie wykazał, iż mamy do czynienia z wadą postępowania uniemożliwiająca zawarcie niepodlegającej unieważnieniu umowy, co już samo w sobie przesądza o bezzasadności tego zarzutu. Odwołujący podczas rozprawy w ogóle nie odniósł się do szczegółowej argumentacji przedstawionej w powyższym zakresie przez Przystępującego.

Niezależnie od powyższego, w ocenie Izby Odwołujący nie wykazał także, by zarzucana niespójność w treści formularza ofertowego faktycznie wpływała na wynik postępowania o udzielenie zamówienia. Skład orzekający podziela pogląd wyrażony w wyroku KIO z dnia 22 września 2021 r., sygn. akt KIO 2297/21, iż brak jest podstaw do unieważnienia umowy na podstawie okoliczności, które jakkolwiek wskazują na pewne uchybienia zamawiającego, to jednak nie wywierają wpływu na czynność wyboru najkorzystniejszej oferty. Pogląd przeciwny prowadziłby do naruszenia zasady uczciwej konkurencji oraz równego traktowania wykonawców, szczególnie w sytuacji, gdy po otwarciu ofert zamawiający unieważniłby postępowanie na podstawie dowolnie przez siebie stwierdzonej wady postępowania, niezależnie od jej wagi i znaczenia dla prawidłowego udzielenia zamówienia. W ww. orzeczeniu zwrócono uwagę, iż podstawą unieważnienia nie może być jakakolwiek wada, lecz wyłącznie taka, która nie pozwala na zawarcie ważnej umowy w sprawie zamówienia publicznego. Sam fakt braku dostatecznej precyzji opisu

wymagań zamawiającego nie stanowi wystarczającej podstawy do unieważnienia postępowania na podstawie art. 255 pkt 6 ustawy Pzp. Wada dokumentacji, która może mieć jedynie hipotetyczny, teoretyczny wpływ na wynik postępowania, nie uzasadnia unieważnienia postępowania, zwłaszcza w sytuacji, gdy nie wpłynęła na treść otrzymanych przez zamawiającego ofert.

Izba stwierdziła, że Odwołujący nie dowiódł, aby zawarta w formularzu ofertowym adnotacja „\*\*odpady wielkogabarytowe: szacunkowa ilość na rok” wpływała na sposób kalkulacji ceny ofertowej przez wykonawców. Twierdzenia Odwołującego, jakoby uwaga ta miała wywołać wśród wykonawców niepewność co do tego, jak ustalić cenę oferty, były wyłącznie hipotetyczne i nie znajdowały odzwierciedlenia w realiach przedmiotowego postępowania. Izba stwierdziła, że zarówno Odwołujący, jak i Przystępujący dokonali wyceny oferty w zakresie odpadów wielkogabarytowych zgodnie z opisem zawartym w tabeli formularza ofertowego, tj. podając w części C tabeli w kolumnie 6 wartość netto za 22 m-ce usługi zgodnie ze wskazanym tam opisem – mnożąc dane z kolumny 3 (tj. ilość sztuk pojemników – 44) przez dane z kolumny 5 (tj. stawkę netto za pojemnik). Formularz ofertowy, zgodnie z zawartą w tabeli instrukcją, zarówno w przypadku odpadów wskazanych w części a i B, jak i w części C tabeli zawierał ceny za 22 m-ce świadczenia usług, które następnie, po zsumowaniu, podlegały ocenie w kryterium: wartość oferty za 22 m-ce. Wzór matematyczny zawarty w tabeli w formularzu ofertowym określał sposób kalkulacji ceny, zawierał informacje o ilości odpadów oraz instrukcje (opisane w nagłówku każdej kolumny tabeli), jak należy obliczyć ceny wskazywane w poszczególnych kolumnach. Obaj wykonawcy ubiegający się o udzielenie zamówienia dokonali wyceny ofert zgodnie z zawartym w tabeli matematycznym wzorem, co jednoznacznie wynika ze złożonych przez nich formularzy ofertowych. Działanie to – jak wskazano w odpowiedzi na odwołanie – było zgodne z intencją i wymogami Zamawiającego.

Nie można zatem zgodzić się z tezą, że oferty wykonawców złożone w postępowaniu nie są porównywalne, czy też, że są jedynie pozornie porównywalne, skoro błąd Zamawiającego nie przełożył się na ich treść. Jakkolwiek istniejąca w formularzu ofertowym niejednoznaczność nie jest sytuacją pożądaną (tym bardziej, że Zamawiający już raz z podobnego powodu postępowanie unieważnił), to jednak wada ta w tym konkretnym przypadku nie miała wpływu na ostateczny wynik postępowania. Odwołujący nie wykazał, że w przedmiotowym przypadku mamy do czynienia z nieporównywalnością ofert. W odwołaniu jedynie wyrażono przypuszczenie, że oferty mogą się od siebie różnić, ale nie wskazano, że faktycznie różnią się one w zakresie sposobu wyliczenia ceny za odbiór i zagospodarowanie odpadów wielkogabarytowych i że ta różnica jest wynikiem rozbieżnego zrozumienia postanowień SWZ. Okoliczność ta nie ma potwierdzenia w treści złożonych ofert.

A Zamawiający nie miał żadnych wątpliwości, że oferty były porównywalne (na co wskazano w odpowiedzi na odwołanie).

Znamienny na gruncie przedmiotowej sprawy jest fakt, że żaden z wykonawców na etapie składania ofert nie zwrócił uwagi na wskazaną w odwołaniu nieścisłość w formularzu ofertowym, nie zadawał pytań w tym zakresie ani nie skorzystał z możliwości wniesienia środków ochrony prawnej, podczas gdy wykonawcy jako podmioty profesjonalne zobowiązane do działania z należytą starannością mierzoną z uwzględnieniem zawodowego charakteru działalności, powinni co do zasady w sposób aktywny brać udział w postępowaniu i reagować na zauważone ewentualne nieprawidłowości. Mając na uwadze, że obaj wykonawcy ubiegający się o udzielenie przedmiotowego zamówienia mieli świadomość okoliczności, jakie stały się postawą unieważnienia poprzedniego postępowania (obaj złożyli w poprzednim postępowaniu oferty i obaj uczestniczyli w postępowaniu odwoławczym w sprawie o sygn. akt KIO 3629/21), należy uznać, że nie mieli oni wątpliwości co do tego, jak należy prawidłowo wypełnić formularz ofertowy. Jeśli Odwołujący faktycznie miałby taką wątpliwość, na jaką obecnie powołuje się w celu doprowadzenia do unieważnienia postępowania, to zgłosiłby ją (a przynajmniej tego wymaga od niego status profesjonalnego podmiotu) na etapie opublikowania dokumentów zamówienia. Izba zgodziła się z Przystępującym, że nie jest prawdopodobne, aby Odwołujący, mając pełną wiedzę o sposobie skonstruowania formularza ofertowego w poprzednim postępowaniu, dostrzegł niejasności w formularzu ofertowym w nowym postępowaniu dopiero podczas składania oferty, czy już po jej złożeniu.

W ocenie składu orzekającego Odwołujący nie wykazał też, aby błąd Zamawiającego miał wpływ na potencjalny krąg wykonawców zainteresowanych realizacją zamówienia. Zarówno aktualne postępowanie, jak i poprzednie postępowanie na odbiór i zagospodarowanie odpadów z terenu SOI 3 pokazało, że zainteresowani ubieganiem się o zamówienie byli wyłącznie Przystępujący i Odwołujący. Również w tym zakresie stanowisko Odwołującego było oparte jedynie na przypuszczeniach, nie popartych konkretną argumentacją, choćby analizą lokalnego rynku pod kątem sprawdzenia, czy na tym rynku działają inne podmioty, mogące być zainteresowane udziałem w postępowaniu. Ponadto, jak zauważył Przystępujący, nie przedstawiono argumentacji wskazującej, że podnoszona w odwołaniu rzekoma niepewność co do sposobu wypełnienia formularza ofertowego, miałaby faktycznie wpływać na rezygnację wykonawców z ubiegania się o udzielenie zamówienia. Profesjonalny wykonawca, zainteresowany ubieganiem się o udzielenie zamówienia, w sytuacji gdyby powzięłyby wątpliwość co do sposobu kalkulacji oferty czy zakresu zamówienia, zwróciłby się do Zamawiającego z wnioskiem o wyjaśnienie treści SWZ.

Mając na uwadze powyższe Izba stwierdziła, że Odwołujący nie udowodnił, aby w przedmiotowym przypadku zachodziła podstawa unieważnienia postępowania o udzielenie zamówienia wskazana w art. 255 pkt 6 ustawy Pzp. To na Odwołującym zaś, zgodnie z art. 534 ust. 1 ustawy Pzp, spoczywał ciężar wykazania faktów, z których Odwołujący wywodził skutek prawny w postaci konieczności unieważnienia postępowania.

Izba za niezasadny uznała także podniesiony przez Odwołującego z ostrożności, na wypadek nieuwzględnienia ww. zarzutu, zarzut naruszenia art. 224 ust. 2 pkt 1 w zw. z art. 16 i 17 ustawy Pzp poprzez zaniechanie wezwania Przystępującego do wyjaśnienia ceny oferty.

Zgodnie z art. 224 ust. 2 ustawy Pzp w przypadku gdy cena całkowita oferty złożonej w terminie jest niższa o co najmniej 30% od: 1) wartości zamówienia powiększonej o należny podatek od towarów i usług, ustalonej przed wszczęciem postępowania lub średniej arytmetycznej cen wszystkich złożonych ofert niepodlegających odrzuceniu na podstawie art. 226 ust. 1 pkt 1 i 10, zamawiający zwraca się o udzielenie wyjaśnień, o których mowa w ust. 1, chyba że rozbieżność wynika z okoliczności oczywistych, które nie wymagają wyjaśnienia; 2) wartości zamówienia powiększonej o należny podatek od towarów i usług, zaktualizowanej z uwzględnieniem okoliczności, które nastąpiły po wszczęciu postępowania, w szczególności istotnej zmiany cen rynkowych, zamawiający może zwrócić się o udzielenie wyjaśnień, o których mowa w ust. 1.

Okolicznością bezsporną w przedmiotowym postępowaniu było to, że różnica między ceną oferty Przystępującego a wartością zamówienia przekraczała wskaźniki arytmetyczne opisane w art. 224 ust. 2 pkt 1 ustawy Pzp – zarówno oferta Odwołującego, jak i Przystępującego odbiegała od tej wartości o ponad 75%.

Izba stwierdziła, że zarzut podniesiony w odwołaniu sprowadza się wyłącznie do formalnej konieczności wystosowania do Przystępującego wezwania do wyjaśnień w zakresie ceny oferty na podstawie art. 224 ust. 2 pkt 1 ustawy Pzp, jednocześnie nie podważa jednak w żaden sposób rynkowego charakteru oferty Przystępującego.

W ocenie składu orzekającego Odwołujący nie odparł stanowiska Zamawiającego i Przystępującego, że rozbieżność pomiędzy ceną oferty Przystępującego a wartością zamówienia wynika z okoliczności oczywistych, które nie wymagają wyjaśnienia. Jak wskazano w opinii UZP pt. „Badanie rażąco niskiej ceny oferty po nowelizacji” (wydanej na gruncie ustawy Pzp z 2004 r., jednak zachowującej aktualność w omawianym zakresie z uwagi na analogiczne brzmienie art. 90 ust. 1a pkt 1 ustawy Pzp z 2004 r. i art. 224 ust. 2 pkt 1 ustawy Pzp), z sytuacją taką będziemy mieli do czynienia przykładowo, kiedy wartość zamówienia ustalona przez zamawiającego przed wszczęciem postępowania została

przeszacowana, tj. ustalona na znacząco wyższym poziomie niż wynikałoby to z realiów rynkowych, a złożone w postępowaniu oferty potwierdzają tę sytuację. Przypadek jaki miał miejsce w rozpoznawanej sprawie wpisuje się w powyższą sytuację.

Po pierwsze ustalona przez Zamawiającego wartość zamówienia diametralnie nie przystaje do cen obu ofert - zarówno w odniesieniu do oferty Przystępującego, jak i Odwołującego, wartość zamówienia odbiega od oferowanych cen o ponad 75%. Po drugie ceny obu ofert są do siebie bardzo zbliżone (różnica to ok. 70 tys. zł), a zgodnie z ustaleniami Izby, różnica pomiędzy ofertą Przystępującego a średnią arytmetyczną cen złożonych ofert niepodlegających odrzuceniu (czyli obu ofert) wyniosła ok 5%, czyli drugi z przewidzianych w art. 224 ust. 2 pkt 1 ustawy Pzp wskaźników pomocniczych wskazujących na obligatoryjność wezwania do wyjaśnień w zakresie ceny nie został w przedmiotowym przypadku spełniony. Jakkolwiek obligatoryjność wezwania nie jest uzależniona od zaistnienia obu okoliczności wskazanych w ww. przepisie (wystarczy, że zachodzi co najmniej jedna z nich), to jednak z perspektywy oceny, czy rozbieżność pomiędzy ceną oferty Przystępującego a wartością zamówienia wynika z okoliczności oczywistych, które nie wymagają wyjaśnienia, fakt że różnica pomiędzy ofertą Przystępującego a średnią arytmetyczną cen złożonych ofert niepodlegających odrzuceniu (czyli obu ofert) jest niewielka, dodatkowo uprawdopodobnia, że mamy do czynienia z zawyżeniem wartości zamówienia. Izba miała w tym zakresie także na względzie, że Odwołujący – poza lakonicznym stwierdzeniem, że nie sposób opierać twierdzenia o rynkowości ceny Przystępującego na tym, że obie oferty są do siebie zbliżone, ponieważ doświadczenie posiadane przez obie firmy jest całkiem inne - w żaden sposób tak postawionej tezy nie wykazał. Odwołujący podczas rozprawy jedynie zasygnalizował powyższą okoliczność, jednak nie przedstawił szerszej argumentacji na jej poparcie, ani nie złożył żadnych dowodów.

Po trzecie, Odwołujący w treści odwołania sam podważa prawidłowość dokonanego przez Zamawiającego szacowania wartości zamówienia, wskazując na niemięrodojność ustalenia wartości szacunkowej zamówienia w oparciu o dane pochodzące z postępowania, w którym stwierdzono wadę uniemożliwiającą zawarcie niepodlegającej unieważnieniu umowy w sprawie zamówienia publicznego. Mając na względzie, że ówczasie wykonawcy w sposób odmienny obliczyli ceny za odpady wielkogabarytowe, a jeden z wykonawców dokonał wyliczeń niezgodnie z intencją Zamawiającego, przyjmując do obliczenia ceny oferty zbyt dużą ilość pojemników na odpady wielkogabarytowe, należy stwierdzić, że rzeczywiście oparcie się przez Zamawiającego na cenach ofert z unieważnionego postępowania trudno uznać za miarodajne. Oznacza to, że wartość szacunkowa zamówienia nie została ustalona przed wszczęciem postępowania prawidłowo, czego zarówno Zamawiający, jak i uczestnicy



postępowania mieli świadomość. Powyższe potwierdza zatem, że rozbieżność pomiędzy ceną oferty Przystępującego a wartością zamówienia wynikała z okoliczności oczywistych.

Po czwarte, Zamawiający wskazał, że ceny ofert złożonych w przedmiotowym postępowaniu o udzielenie zamówienia mają charakter cen rynkowych i korelują z cenami wywozu odpadów komunalnych na terenie Gminy Wrocław, przyjętymi w ramach pakietu uchwał regulujących obszar gospodarki odpadami komunalnymi na terenie miasta Wrocławia (w tym wskazaną przez Zamawiającego z omyłkowym oznaczeniem uchwałą nr XXV/666/2020). Odwołujący do zestawienia przedstawionego w odpowiedzi na odwołanie, zawierającego porównanie cen ofert z cenami obowiązującymi na terenie Gminy Wrocław (dla nieruchomości niezamieszkałych) w zasadzie w ogóle się nie odniósł. Podczas rozprawy Odwołujący poprzestał na niczym nie popartej tezie, że nie są to stawki rynkowe i inna jest skala zamówienia. Powyższe stwierdzenie nie jest w ocenie Izby wystarczające, aby podważyć argumentację prezentowaną przez Zamawiającego, Odwołujący ani nie przedstawił w tym zakresie szerszego stanowiska, ani nie złożył dowodów.

I wreszcie po piąte, Odwołujący nie przedstawił również argumentacji merytorycznej, która - w świetle powyższych okoliczności - pozwoliłaby poddać w wątpliwość rynkowy charakter ceny Przystępującego. Odwołujący w swoim wywodzie skupił się na kwestii formalnoprawnej, abstrahując od wykazania faktów, które miałyby świadczyć o tym, że za zaoferowaną przez Przystępującego cenę nie jest możliwa realizacja przedmiotu zamówienia zgodnie z wymaganiami określonymi w dokumentach zamówienia. Podczas rozprawy stanowisko Odwołującego ograniczało się do głoślowego stwierdzenia, że jego zdaniem Przystępujący nie byłby w stanie za taką cenę zrealizować zamówienia i że wątpliwe jest osiągnięcie przez niego jakiegokolwiek zysku. Odwołujący jako podmiot profesjonalny, niewątpliwie posiada wiedzę co do faktycznych kosztów związanych z realizacją przedmiotowych usług, jednak w odwołaniu nie przedstawił żadnych wyliczeń, które mogłyby wskazywać, że za zaoferowaną przez Przystępującego cenę nie jest możliwa realizacja zamówienia bez strat po stronie wykonawcy. Nie złożono także na tę okoliczność dowodów.

Wszystko powyższe pozwala w ocenie Izby na uznanie za wiarygodne stanowiska Zamawiającego i Przystępującego, że w przedmiotowej sprawie rozbieżność pomiędzy ceną oferty Przystępującego, a wartością zamówienia wynika z okoliczności oczywistych, które nie wymagają wyjaśnienia. Wystosowanie wyłącznie z przyczyn formalnych wezwania do wyjaśnień do Przystępującego (ale i do Odwołującego, które oferta również odbiegała istotnie od wartości zamówienia) byłoby w okolicznościach rozpoznawanej sprawy nieuzasadnione, a przynajmniej Odwołujący zasadności skierowania takiego wezwania nie wykazał. Nie uzasadnia żądania wyjaśnień również fakt, że Odwołujący w innych postępowaniach prowadzonych przez Zamawiającego był do złożenia wyjaśnień rażąco

niskiej ceny wzywany (na okoliczność czego Odwołujący podczas rozprawy złożył dowody). Izba dokonuje weryfikacji czynności podejmowanych przez Zamawiającego w danym, konkretnym postępowaniu o udzielenie zamówienia i fakt, że w innych postępowaniach Zamawiający podejmował określone czynności względem Odwołującego, pozostaje dla oceny Izby irrelevantny.

Jedynie uzupełniająco Izba wskazuje, że nie zgodziła się ze stanowiskiem Zamawiającego, iż odstąpienie od wystosowania do Przystępującego wezwania do wyjaśnień w zakresie ceny było możliwe także w oparciu o art. 224 ust. 2 pkt 2 ustawy Pzp. Dokumentacja postępowania o udzielenie zamówienia przekazana Izbie nie wskazuje na fakt, że Zamawiający dokonał w toku postępowania zaktualizowania wartości zamówienia. Załączone do odwołania dokumenty wskazują, iż miało to miejsce dopiero w dniu 1 kwietnia 2022 r., a zatem po wyborze oferty najkorzystniejszej. Nie jest zatem uprawnione powoływanie się przez Zamawiającego na tak dokonaną aktualizację, jako mającą usprawiedliwiać fakt odstąpienia od wzywania Przystępującego do wyjaśnień w zakresie ceny oferty. Załączone do odwołania dokumenty dotyczące aktualizacji wartości zamówienia mogą jednak w ocenie Izby stanowić dowód na potwierdzenie, że rozbieżność pomiędzy ceną oferty Przystępującego, a wartością zamówienia wynika z okoliczności oczywistych, tj. z ustalenia przed wszczęciem postępowania wartości zamówienia na znacząco wyższym poziomie niż wynikałoby to z realiów rynkowych. Złożone w postępowaniu oferty potwierdzają, że z taką właśnie sytuacją mamy do czynienia w przedmiotowym postępowaniu o udzielenie zamówienia.

Mając na uwadze wszystko powyższe Izba stwierdziła, że odwołanie podlega oddaleniu w całości i na podstawie art. 553 ustawy Pzp orzekła jak w sentencji.

O kosztach postępowania odwoławczego orzeczono stosownie do jego wyniku na podstawie art. 557 i 575 ustawy Pzp oraz § 8 ust. 2 pkt 1 w zw. z § 5 pkt 1 i pkt 2 lit. a i b Rozporządzenia Prezesa Rady Ministrów w sprawie szczegółowych rodzajów kosztów postępowania odwoławczego, ich rozliczania oraz wysokości i sposobu pobierania wpisu od odwołania z dnia 30 grudnia 2020 r. (Dz. U. z 2020 r. poz. 2437), zasądając od Odwołującego na rzecz Zamawiającego kwotę 4 068 zł stanowiącą koszty postępowania poniesione przez Zamawiającego z tytułu wynagrodzenia pełnomocnika (3 600 zł) oraz dojazdu na rozprawę (468 zł), zgodnie z przedstawionym spisem kosztów i załączonymi do niego dokumentami.

**Przewodniczący:** .....