

Sygn. akt: KIO 3074/22

WYROK

z dnia 5 grudnia 2022 r.

Krajowa Izba Odwoławcza - w składzie:

Przewodniczący: Katarzyna Odrzywolska

Członkowie: Marzena Ordysińska

Anna Osiecka-Baran

Protokolant: Aldona Karpińska

po rozpoznaniu na rozprawie w dniu 1 grudnia 2022 r. w Warszawie odwołania wniesionego do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej w dniu 21 listopada 2022 r. przez wykonawców wspólnie ubiegających się o udzielenie zamówienia: **PreZero Bałtycka Energia Sp. z o.o. z siedzibą w Warszawie, Remondis Sp. z o.o. z siedzibą w Warszawie**

w postępowaniu prowadzonym przez zamawiającego: **Miasto Stołeczne Warszawa z siedzibą w Warszawie**

przy udziale wykonawcy: **Miejskie Przedsiębiorstwo Oczyszczania w m. st. Warszawie Sp. z o.o. z siedzibą w Warszawie** zgłaszającego swoje przystąpienie do postępowania odwoławczego po stronie zamawiającego

orzeka:

1. oddala odwołanie;
2. kosztami postępowania obciąża odwołującego, 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 na rzecz zamawiającego kwotę 3 600 zł 00 gr (słownie: trzy tysiące sześćset złotych zero groszy) stanowiącą uzasadnione koszty strony poniesione z tytułu wynagrodzenia pełnomocnika.

Stosownie do art. 580 ust. 1 ustawy z dnia 11 września 2019 r. - Prawo zamówień publicznych (Dz. U. z 2022 r., poz. 1710 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:

Członkowie:

.....

UZASADNIENIE

Miasto Stołeczne Warszawa z siedzibą w Warszawie (dalej: „zamawiający”) prowadzi, na podstawie przepisów ustawy z dnia 11 września 2019 r. - Prawo zamówień publicznych (Dz. U. z 2022 r., poz. 1710 ze zm.) - zwanej dalej „ustawa Pzp”, postępowanie o udzielenie zamówienia publicznego o wartości szacunkowej powyżej progów unijnych pn. Odbiór odpadów komunalnych z nieruchomości położonych w dzielnicach Bielany, Żoliborz, Praga-Południe, Praga-Północ, Rembertów, Wawer, Wesoła, Ursynów i Wilanów m.st. Warszawy, numer postępowania ZP/GP/271/IV-59/22 (dalej „postępowanie” lub „zamówienie”). Zamówienie zostało podzielone na zadania (nr 1, 5, 6 i 8).

Ogłoszenie o zamówieniu zostało opublikowane 13 kwietnia 2022 r. w Suplemencie do Dziennika Urzędowego Unii Europejskiej pod numerem: 2022/S 073-195721.

W dniu 21 listopada 2022 r. przez wykonawców wspólnie ubiegających się o udzielenie zamówienia: **PreZero Bałtycka Energia Sp. z o.o. z siedzibą w Warszawie, Remondis Sp. z o.o. z siedzibą w Warszawie** (dalej „odwołujący”), do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej, zostało wniesione odwołanie wobec niezgodnej z przepisami ustawy Pzp czynności zamawiającego podjętej w Zadaniu nr 8 (Część 4), polegającej na skierowaniu do odwołującego kolejnego wezwania do wyjaśnień w trybie art. 224 ust. 1 ustawy Pzp.

Odwołujący zarzucił, że czynność zamawiającego stanowi naruszenie następujących przepisów ustawy Pzp:

1. art. 224 ust. 1 ustawy Pzp w zw. z art. 554 ust. 1 pkt 1 w zw. z art. 554 ust. 3 pkt 1 lit. b ustawy Pzp w zw. z art. 16 pkt 1 i 3 ustawy Pzp, poprzez skierowanie do odwołującego ponownego wezwania do złożenia wyjaśnień, w tym przedstawienia dowodów na okoliczność wykazania realności i poprawności wyliczenia stawki (ceny) brutto za 1 km transportu 1 Mg odpadów w sytuacji, gdy wyżej wymieniona cena jednostkowa zaoferowana przez odwołującego jest ceną realną i rynkową, a nadto była badana przez Krajową Izbę Odwoławczą w postępowaniu odwoławczym toczącym się pod sygnaturą akt: KIO 2497/22, którego przedmiotem była ocena podstaw do wezwania odwołującego do wyjaśnień ceny za odbiór 1 Mg odpadów, a także stawki (ceny) za 1 km transportu 1 Mg odpadów oraz ceny oferty, a postępowanie to zakończyło się uwzględnieniem odwołania i nakazaniem przez Izbę unieważnienia czynności zamawiającego z dnia 13 września 2022 r., tj. wezwania do złożenia wyjaśnień w zakresie złożonej przez odwołującego ceny oferty na realizację części 4 (zadanie 8). W takiej sytuacji,

kierowanie do odwołującego kolejnego wezwania do wyjaśnień w trybie art. 224 ust. 1 ustawy Pzp, którego zakres pokrywa się z zakresem unieważnionego wezwania do wyjaśnień z dnia 13 września 2022 r., jest nie tylko bezzasadne, ale świadczy też o pozornym wykonaniu przez zamawiającego wyroku Krajowej Izby Odwoławczej z dnia 10 października 2022 r. (sygn. akt: KIO 2497/22). Dodatkowo, skierowanie do odwołującego wezwania (rodzącego domniemanie, iż zaoferowana przez niego istotna część składowa ceny oferty jest rażąco niska i obligującego go do złożenia wyczerpujących wyjaśnień w sytuacji, w której brak jest przesłanek do skierowania takiego wezwania) narusza dodatkowo zasadę proporcjonalności, uczciwej konkurencji i równego traktowania wykonawców;

2. art. 224 ust. 1 ustawy Pzp w zw. z art. 16 pkt 1 i 3 ustawy Pzp, poprzez skierowanie do odwołującego ponownego wezwania do złożenia wyjaśnień, w tym przedstawienia dowodów na okoliczność wykazania realności i poprawności wyliczenia stawki (ceny) brutto za 1 km transportu 1 Mg odpadów w sytuacji, gdy w rzeczywistości wątpliwości zamawiającego nie wzbudziła cena zaoferowana przez odwołującego ani jej istotna część składowa, a treść wyjaśnień ceny, jakie odwołujący złożył zamawiającemu na skutek wadliwej czynności zamawiającego (unieważnionej w dniu 9 listopada 2022 r. na skutek wyroku Krajowej Izby Odwoławczej z dnia 10 października 2022 r., sygn. akt: KIO 2497/22), jaką było skierowanie do odwołującego w dniu 13 września 2022 r. wezwania do wyjaśnień ceny i jej istotnych części składowych. W związku z tym, że wątpliwości zamawiającego wzbudziła de facto treść wyjaśnień odwołującego, a nie zaoferowana przez niego cena lub jej istotne części składowe, to tym samym nie są spełnione przesłanki wezwania, jakie wynikają z przepisu art. 224 ust. 1 ustawy Pzp, które umożliwiają zamawiającemu wezwanie wykonawcy do wyjaśnień ceny lub jej istotnych części składowych. W takich okolicznościach faktycznych, skierowanie do odwołującego wezwania (rodzącego domniemanie, iż zaoferowana przez niego istotna część składowa ceny oferty jest rażąco niska i obligującego go do złożenia wyczerpujących wyjaśnień w sytuacji, w której brak jest przesłanek do skierowania takiego wezwania) narusza dodatkowo zasadę proporcjonalności, uczciwej konkurencji i równego traktowania wykonawców;
3. art. 224 ust. 1 ustawy Pzp w zw. z art. 16 pkt 1 i 3 ustawy Pzp poprzez skierowanie do odwołującego ponownego wezwania do złożenia wyjaśnień, w tym przedstawienia dowodów na okoliczność wykazania realności i poprawności wyliczenia stawki (ceny) brutto za 1 km transportu 1 Mg odpadów w sytuacji, gdy wezwanie to w rzeczywistości nie stanowi wezwania do wyjaśnienia istotnej części składowej oferty odwołującego, a wezwanie do udzielenia dodatkowych wyjaśnień ceny oferty, które odwołujący złożył zamawiającemu na skutek wadliwej czynności zamawiającego, którą zamawiający

unieważnił w dniu 9 listopada 2022 r. na skutek wyroku Krajowej Izby Odwoławczej z dnia 10 października 2022 r. (sygn. akt: KIO 2497/22). W takich okolicznościach faktycznych, skierowanie do odwołującego wezwania (rodzącego domniemanie, iż zaoferowana przez niego istotna część składowa ceny oferty jest rażąco niska i obligującego go do złożenia wyczerpujących wyjaśnień w sytuacji, w której brak jest przesłanek do skierowania takiego wezwania) narusza dodatkowo zasadę proporcjonalności, uczciwej konkurencji i równego traktowania wykonawców.

Zarzucając powyższe, odwołujący wniósł o uwzględnienie odwołania i nakazanie zamawiającemu: unieważnienia czynności wezwania odwołującego do złożenia wyjaśnień ceny w trybie art. 224 ust. 1 ustawy Pzp.

Uzasadniając swoje stanowisko odwołujący w pierwszej kolejności przywoływał zapisy SWZ, istotne dla rozstrzygnięcia sprawy i opisywał przebieg prowadzonego postępowania. Wskazywał między innymi, że w wyniku przeprowadzonej aukcji elektronicznej, w zakresie Zadania nr 8, najkorzystniejszą cenowo ofertę złożył wykonawca Miejskie Przedsiębiorstwo Oczyszczania w m. st. Warszawie Sp. z o.o. z siedzibą w Warszawie (dalej „MPO” lub „przystępujący”). Odwołujący zwracał uwagę, że wykonawca ten wygrał aukcję pomimo tego, że zaoferował zamawiającemu świadczenie usługi za ceną jednostkową 604,18 zł., a stawkę za transport określił na poziomie 0,14 zł. Z kolei odwołujący, którego oferta zajęła w tzw. rankingu ofert drugie miejsce, zaoferował cenę jednostkową za odbiór odpadów w wysokości 450,40 zł., a stawkę za transport określił na poziomie 0,20 zł. MPO zaoferował więc najniższą stawkę za transport odpadów i zarazem najwyższą za odbiór odpadów, która w tym postępowaniu wyniosła średnio 496,71 zł, co w jego ocenie wskazuje na manipulację kryteriami oceny ofert, w celu uzyskania korzystnej dla siebie punktacji, i co legło u podstaw pierwszego odwołania wniesionego przez odwołującego w dniu 26 sierpnia 2022 r.

Odwołujący przypomniał, że w wyżej wymienionym postępowaniu domagał się nakazania odrzucenia oferty MPO, jako złożonej w warunkach czynu nieuczciwej konkurencji, a jednocześnie nieważnej, jako sprzecznej z zasadami współżycia społecznego. Dodatkowo, postawił też zarzut zaniechania wezwania MPO do wyjaśnień, w tym złożenia dowodów w zakresie wyliczenia istotnej części składowej oferty, tj. stawki za 1 km transportu 1 Mg odpadów, w sytuacji w której zaoferowana przez MPO stawka 0,14 zł. za transport, jest niższa o co najmniej 30% od średniej arytmetycznej cen zaoferowanych w ramach tego kryterium we wszystkich ofertach niepodlegających odrzuceniu na podstawie art. 226 ust. 1 pkt 1 i 10 ustawy Pzp.

Zamawiający w dniu 12 września 2022 r. uwzględnił wyżej wymienione odwołanie w zakresie następujących zarzutów: (1) zaniechania wezwania MPO do wyjaśnień, w tym

złożenia dowodów w zakresie wyliczenia istotnej części składowej zaoferowanej ceny, tj. stawki za 1 km transportu 1 Mg 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 ustawy Pzp; (2) zaniechania wezwania MPO do wyjaśnień, w tym złożenia dowodów w zakresie wyliczenia istotnej części składowej zaoferowanej ceny, tj. stawki za 1 km transportu 1 Mg 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.

Jednocześnie, co zaskoczyło odwołującego, zamawiający w dniu 13 września 2022 r., oprócz tego, że wezwanie takie skierował do MPO, wezwał także odwołującego, powołując się na przepis art. 224 ust. 1 ustawy Pzp, do złożenia wyjaśnień, w tym przedstawienia dowodów na okoliczność wykazania realności i prawidłowości wyliczenia ceny jego oferty. W szczególności zażądał, aby przedstawione wyjaśnienia i dowody potwierdziły, że zaoferowana cena brutto za 1 km transportu 1 Mg odpadów nie nosi znamion ceny rażąco niskiej. W wyjaśnieniach prosił o przedstawienie kalkulacji cenowej i wskazanie wyjątkowo korzystnych warunków, które uzasadniają zaoferowany przez odwołującego poziom cen.

Odwołujący zakwestionował czynność zamawiającego, zarzucając mu, że czynność ta stanowiła naruszenie art. 224 ust. 1 ustawy Pzp w zw. z art. 16 pkt 1 i 3 ustawy Pzp, gdyż zamawiający skierował do niego takie wezwanie, przy jednoczesnym braku istnienia przesłanek (lub co najmniej ich niewykazania) do skierowania wezwania w tym trybie, w szczególności nie wykazał, 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, jak twierdził, 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 wskazywał w dalszej części, że przedmiotowe postępowanie było rozpoznawane przez Izbę pod sygnaturą akt: KIO 2497/22, a w toku postępowania odwoławczego Izba oceniała, czy zamawiający miał podstawy do wezwania odwołującego do wyjaśnień zaofertowanej ceny za odbiór odpadów komunalnych oraz ceny (stawki) za 1 km transportu 1 Mg odpadów. Powyższe orzeczenie jego zdaniem jest istotne z tego powodu, że w prowadzonym postępowaniu na cenę oferty wykonawcy składały się wyłącznie dwa elementy: cena za odbiór i stawka za 1 km transportu 1 Mg odpadów, które jednocześnie stanowiły kryteria oceny ofert w postępowaniu. Wyrokiem z dnia 10 października 2022 r., wydanym w sprawie KIO 2497/22, Izba uwzględniła odwołanie i nakazała zamawiającemu m.in. unieważnienie czynności wezwania odwołującego do złożenia wyjaśnień w zakresie ceny oferty na realizację części 4 (zadania 8). Powołany wyrok Izby nie został zaskarżony do Sądu Zamówień Publicznych ani przez zamawiającego ani przez MPO, która była uczestnikiem postępowania odwoławczego przystępującym po stronie zamawiającego. Co więcej, pismem z dnia 9 listopada 2022 r., zamawiający skierował do odwołującego pismo, w którym informował o unieważnieniu czynności z 13 września 2022 r., polegającej na wezwaniu go do złożenia wyjaśnień w zakresie ceny oferty.

Mimo to, w dniu 10 listopada 2022 r., odwołujący otrzymał od zamawiającego kolejne wezwanie, oparte na tej samej podstawie prawnej co poprzednie, i pokrywające się z zakresem z poprzednim wezwaniem, które Izba nakazała unieważnić. Odpowiadając na powyższe, odwołujący skierował do zamawiającego pismo, w którym zawniósł o unieważnienie czynności wezwania go do wyjaśnień ceny, jednak do dnia wystania niniejszego odwołania, wniosek odwołującego pozostawał bez odpowiedzi.

W ocenie odwołującego, zaskarżona niniejszym odwołaniem czynność zamawiającego z dnia 10 listopada 2022 r. jest wadliwa z następujących powodów: (1) brak było podstaw do wezwania odwołującego do wyjaśnień ceny (stawki) za 1 km transportu 1 Mg odpadów, co potwierdziła także Izba w wyroku z dnia 10 października 2022 r. (sygn. akt: KIO 2497/22). Ponowne wezwanie odwołującego do wyjaśnień ceny, pomimo formalnego unieważnienia pierwotnego wezwania z dnia 13 września 2022 r., świadczy więc o pozornym wykonaniu wyroku Izby z dnia 10 października 2022 r.; (2) wątpliwości zamawiającego nie wzbudziła cena zaofertowana przez odwołującego, ani jej istotna część składowa, a treść wyjaśnień, jakie odwołujący złożył zamawiającemu na skutek wadliwej czynności zamawiającego, a tym samym nie są spełnione przesłanki wezwania, jakie wynikają z przepisu art. 224 ust. 1 ustawy Pzp, które umożliwiają zamawiającemu wezwanie wykonawcy do wyjaśnień ceny lub jej istotnych części składowych; (3) przedmiotowe wezwanie w rzeczywistości nie stanowi wezwania do wyjaśnienia istotnej części składowej oferty odwołującego, a wezwanie do udzielenia dodatkowych wyjaśnień względem tych,

które odwołujący złożył zamawiającemu na skutek wadliwej czynności, którą zamawiający unieważnił w dniu 9 listopada 2022 r. na skutek wyroku Krajowej Izby Odwoławczej.

Odwołujący przywoływał fragment wezwania z 10 listopada 2022 r., zarzucając manipulację i wybiórcze odczytywanie wyroku Izby z dnia 10 października 2022 r. po to, aby usprawiedliwić swoją decyzję o skierowaniu do odwołującego kolejnego wezwania w trybie art. 224 ust. 1 ustawy Pzp, pomimo uprzedniej oceny tej kwestii przez Izbę. Zwracał uwagę, że będąca przedmiotem odwołania w sprawie KIO 2497/22 czynność zamawiającego obejmowała także wezwanie odwołującego do wyjaśnień w zakresie zaoferowanej ceny brutto za 1 km transportu 1 Mg odpadów. Odwołujący ponownie zaznaczył, że poprzez szczególne ukształtowanie ceny w tym postępowaniu, na którą składały się dwa elementy (cena za odbiór i stawka za transport) zamawiający, powołanym wezwaniem, wzywał de facto do wyjaśnień istotnych części składowych ceny, choć w dużej mierze kładł nacisk na składową ceny, jaką była stawka (cena) za transport.

Odwołujący nie zgadzał się także ze stanowiskiem, zaprezentowanym przez zamawiającego w treści wezwania z 10 listopada 2022 r., zgodnie z którym wyrok KIO nie przesądza o braku zasadności wezwania wykonawcy do złożenia wyjaśnień w zakresie istotnej części składowej zamówienia - ceny (stawki) za transport odpadów. Wskazywał, że w powołanym wyroku Izba nie wskazała jednoznacznie, że podstawy do skierowania wezwania co do tego składnika ceny zostały spełnione. Wręcz przeciwnie, uwzględniając odwołanie, Izba podzieliła twierdzenia odwołującego, że brak było podstaw do kierowania takiego wezwania w odniesieniu zarówno do ceny oferty, jak i jej elementów składowych. W powołanym wyroku Izba nie badała podstaw do skierowania do odwołującego wezwania do wyjaśnień ceny jako takiej, a dokonywała takiej oceny właśnie przez pryzmat dwóch elementów składowych tej ceny, czyli ceny za odbiór i właśnie stawki za transport, odnosząc się do kolejnych argumentów zamawiającego, jakie jego zdaniem miały świadczyć o zasadności wezwania odwołującego do wyjaśnień ceny za odbiór i stawki za transport. Stwierdzenie przez Izbę braku podstaw do wezwania do wyjaśnień ceny, było więc konsekwencją uprzedniego stwierdzenia przez Izbę braku podstaw do żądania wyjaśnień w zakresie ceny za odbiór i stawki za transport.

Odwołujący, zwracał także uwagę, że nie tylko treść samego wezwania z dnia 13 września 2022 r., ale także przebieg postępowania odwoławczego w sprawie KIO 2497/22 pokazują, że dokonana przez Izbę ocena zasadności wezwania odwołującego do wyjaśnień ceny, dotyczyła nie tylko ceny oferty i ceny za odbiór, ale także stawki za transport.

W pierwszej kolejności zwrócił uwagę na argumenty samego zamawiającego, jakie (jego zdaniem) przemawiać miały za słusnością wezwania w zakresie stawki (ceny) za 1 km transportu 1 Mg odpadów, prezentując przykładowe cytaty z odpowiedzi zamawiającego na odwołanie w sprawie KIO 2497/22, które jego zdaniem świadczyć miały o tym, że przedmiotem oceny Izby w postępowaniu, które toczyło się pod sygnaturą akt: KIO 2497/22 była między innymi ocena podstaw do skierowania do odwołującego wezwania do wyjaśnienia ceny (stawki) za 1 km transportu 1 Mg odpadów. Potwierdziła to, jego zdaniem Izba na stronie 11 uzasadnienia wyroku. Odwołujący cytował dodatkowo fragmenty wyroku KIO 2497/22 na stronach od 13 - 17 wskazując, że dokładna ich analiza prowadzić powinna do wniosku, że Izba, uwzględniając odwołanie i nakazując zamawiającemu unieważnienie czynności z dnia 13 września 2022 r., nie znalazła podstaw do wezwania go do wyjaśnienia w trybie art. 224 ust. 1 ustawy Pzp nie tylko w zakresie ceny za odbiór, ale także stawki za transport oraz całej ceny ofertowej, o czym przesądziła ostatecznie na str. 19 uzasadnienia. Wyrok Izby powinien być zatem odczytywany z uwzględnieniem całego przebiegu postępowania odwoławczego, treści odwołania, twierdzeń zamawiającego i MPO i z uwzględnieniem treści i zakresu pierwotnego wezwania do wyjaśnienia w trybie art. 224 ust. 1 ustawy Pzp.

Zdaniem odwołującego, ocena prawna stanu faktycznego przedstawiona w wyroku KIO 2497/22 pozostaje aktualna i prawidłowa, nie istnieją przesłanki pozwalające na wezwanie go do wyjaśnienia ceny oferty w żadnym zakresie, a więc także nie w zakresie transportu odpadów. Wobec tego, budzi zdumienie zachowanie zamawiającego, który chociaż nie kwestionował wyroku Izby, unieważnił pierwotną czynność wezwania, a z drugiej strony kieruje kolejne wezwanie, oparte o przepis art. 224 ust. 1 ustawy Pzp, wbrew wyrokowi Izby. Takie wykonywanie wyroku Izby należy uznać za pozorne, ponieważ zamawiający ma nie tylko formalnie unieważnić określone czynności, ale zapoznać się z argumentacją wynikającą z uzasadnienia wyroku i oceną Izby w zakresie stanu faktycznego (tu: istnienia okoliczności będących podstawą do skierowania do odwołującego wezwania w trybie art. 224 ust. 1 ustawy Pzp) i ją zaakceptować. Izba w wyroku z dnia 10 października 2022 r. przesądziła, że nie było podstaw do wezwania odwołującego do wyjaśnienia w trybie art. 224 ust. 1 ustawy Pzp.

Odwołujący przypomniał także, że stosownie do treści art. 554 ust. 1 pkt 1 ustawy Pzp, Izba może uwzględnić odwołanie w całości lub w części, jeżeli stwierdzi naruszenie przepisów Pzp, które miało wpływ lub może mieć istotny wpływ na wynik postępowania o udzielenie zamówienia. Gdyby Izba uznała, że wezwanie do wyjaśnienia z dnia 13 września 2022 r. było zasadne, to oddaliłaby odwołanie. Tymczasem na stronie 19 uzasadnienia wyroku, Izba wyraźnie stwierdza, że brak było podstaw do wezwania odwołującego do

wyjaśnień w trybie art. 224 ust. 1 ustawy Pzp w zakresie wszystkich trzech elementów (ceny ofert, ceny za odbiór i stawki za transport), a naruszenie przepisów ustawy Pzp przez zamawiającego mogło mieć istotny wpływ na wynik postępowania. Skoro Izba uwzględniła odwołanie i, kierując się przepisem art. 554 ust. 3 pkt 1 lit. b ustawy Pzp, nakazała zamawiającemu unieważnienie czynności wezwania odwołującego do złożenia wyjaśnień w zakresie ceny oferty, to należy to odnosić do całej treści wezwania, jakie uznane zostało przez Izbę za wadliwe.

Odwołujący stwierdził, że ma oczywiście na uwadze fakt, że w dniu 9 listopada 2022 r. zamawiający skierował do odwołującego pismo, w którym informuje o unieważnieniu czynności wezwania z dnia 13 września 2022 r., jednak czynność tą należy uznać za pozorną, w świetle dalszych czynności zamawiającego i skierowania do odwołującego kolejnego wezwania w tym samym trybie, o częściowo pokrywającym się zakresie (dotyczy jednego z elementów, objętego pierwotnym wezwaniem). Zachowanie zamawiającego stanowi nadużycie prawa z jego strony i świadczy o naruszeniu zasady równego traktowania wykonawców w postępowaniu i uczciwej konkurencji, a także zasady proporcjonalności, kiedy zamawiający usilnie weryfikuje cenę zaoferowaną akurat przez odwołującego, w sytuacji gdy Izba wypowiedziała się już w tym zakresie. Podobnych działań zamawiający nie podejmuje już np. względem oferty wykonawcy BYŚ, który zaoferował stawkę za transport w ramach tej części zamówienia na poziomie 0,24 zł. za 1 km.

Odwołujący wskazywał, że konsekwentnie utrzymuje, że zaoferowana przez niego cena oferty, w tym także stawka (cena) za 1 km transportu 1 Mg odpadów, jest ceną realną, rynkową i pozwala na pokrycie kosztów wykonania zamówienia i osiągnięcie zysku. Zwracał przy tym uwagę, że jego sytuacja znacząco różni się od sytuacji wykonawcy MPO, który w toku aukcji elektronicznej zaoferował zamawiającemu stawkę za 1 km transportu 1 Mg odpadów na poziomie 0,14 zł. co oznacza, że cena ta jest niższa o 44,88% od średniej arytmetycznej cen wszystkich złożonych ofert w postępowaniu. Choć różnica pomiędzy ceną zaoferowaną przez odwołującego i MPO wynosi 0,06 zł., to jednak należy mieć na uwadze, że w tym przypadku różnica taka oznacza, że cena, jaką zaoferował MPO, jest o 30% niższa od ceny, jaką zaoferował odwołujący. Ponadto, zamawiający uwzględnił w tym zakresie odwołanie odwołującego, a zatem zgodził się z argumentacją w nim zawartą.

Odwołujący zwrócił przy tym uwagę, że oferta złożona przez niego na realizację innych zadań objętych niniejszym postępowaniem, w tym wskazane tam stawki za transport, nie mają żadnego znaczenia z punktu widzenia realności ceny zaoferowanej w ramach Zadania nr 8, którego dotyczy niniejsze odwołanie. Decyzją biznesową odwołującego było, na jakie zadania składa ofertę i za jaką cenę. Odwoływanie się do cen zaoferowanych w ramach innych zadań (w których odwołujący nie był dotychczasowym wykonawcą i w ramach

których, po aukcji, zajął odległe miejsca w tzw. rankingu ofert) nie ma żadnego znaczenia z punktu widzenia cen i stawek zaoferowanych dla Zadania nr 8, na którym usługę odwołujący obecnie świadczy i którą chciałby kontynuować - był to priorytet odwołującego. Inaczej bowiem kalkulowana jest w takiej sytuacji cena, choćby w związku z możliwością bardziej precyzyjnego oszacowania ryzyk kontraktowych, co jest znacznie prostsze w przypadku Zadania, na którym wykonawca realizuje usługę, co jest faktem notoryjnym.

Niezależnie od wcześniejszych argumentów, odwołujący zwrócił także uwagę na to, w jaki sposób zamawiający uzasadnił konieczność wezwania go do kolejnych wyjaśnień w trybie art. 224 ust. 1 ustawy Pzp. Co prawda na wstępie zamawiający wskazał (przywołując za przepisem), że wskazana przez odwołującego stawka (cena) brutto za 1 km transportu 1 Mg odpadów, stanowiąca istotną część składową ceny oferty, wydaje się rażąco niska w stosunku do przedmiotu zamówienia, a przez to budzi istotne wątpliwości co do jej realności oraz możliwości wykonania przedmiotu zamówienia w zakresie transportu odpadów na odległość powyższej 40 km od granicy Zadania, jednak w rzeczywistości wątpliwości zamawiającego wzbudziła nie sama cena (stawka), a treść wyjaśnień ceny, jakie odwołujący złożył w dniu 26 września 2022 r. W ocenie odwołującego, szczegółowa analiza wezwania z dnia 10 listopada 2022 r. nie budzi wątpliwości co do tego, że to nie stawka za transport wzbudziła wątpliwości zamawiającego, a przyjęte przez niego w wyjaśnieniach założenia metodologiczne. Wątpliwości zamawiającego wzbudziły bowiem założenia co do przyjętego w kalkulacji tonażu odpadów na jeden transport, średnie spalanie pojazdów, wynagrodzenie kierowcy transportującego odpady, niższe od wynagrodzenia kierowcy odbierającego odpady, cena paliwa, ogólna metodologia. Abstrahując już od kwestii, że dowody załączone do wyjaśnień z dnia 26 września 2022 r. obrazowały realność zaoferowanej przez odwołującego stawki za transport, to w kontekście przedmiotowego odwołania wskazał, że po pierwsze wyjaśnienia te w ogóle nie powinno być przedmiotem analizy zamawiającego, a po drugie, uzasadnienie treści wezwania potwierdza, że nie została spełniona przesłanka wezwania w trybie art. 224 ust. 1 ustawy Pzp, która mówi, że to cena lub jej istotne części składowe mają wydawać się rażąco niskie lub budzić wątpliwości zamawiającego, a nie treść pisma wykonawcy i wskazane w nim założenia metodologiczne.

Odwołujący podkreślił także, że wyjaśnienia i dowody zostały przez niego przedłożone zamawiającemu w następstwie czynności wezwania do wyjaśnień ceny, którą Izba, wyrokiem z dnia 10 października 2022 r., uznała za czynność bezpodstawną i nakazała jej unieważnienie. Co więcej, wątpliwości zamawiającego miała także uzasadniać treść pisma innego wykonawcy, które to pismo zamawiający otrzymał w dniu 4 listopada 2022 r. i które stanowi (jak należy wnioskować z treści wezwania) polemikę z wyjaśnieniami

złożonymi przez odwołującego w następstwie wadliwej i bezpodstawnej czynności zamawiającego. W związku z wyżej wymienionym wyrokiem Izby, złożone przez odwołującego wyjaśnienia, w ogóle nie powinny być przedmiotem analizy zamawiającego, bowiem są bezpośrednio związane z wadliwą czynnością i powinny być traktowane tak, jakby w ogóle nie znajdowały się w dokumentacji postępowania. Tymczasem to właśnie treść tych wyjaśnień stanowiła rzeczywisty powód, dla którego do odwołującego skierowano kolejne wezwanie. Zdaniem odwołującego, unieważnienie przez zamawiającego czynności pierwotnego wezwania do wyjaśnień w trybie art. 224 ust. 1 ustawy Pzp wywołuje skutki nie tylko w odniesieniu do samego wezwania, ale także dokumentów, jakie zostały złożone w jego następstwie. Bez wpływu na ocenę w tym zakresie jest zdanie zawarte w uzasadnieniu przywołanego wyroku, w którym Izba stwierdziła, że: 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. Izba wyraźnie bowiem wskazała, że wniosek nie mógł być uwzględniony ze względów formalnych, ponieważ przepis art. 554 ust. 3 ustawy Pzp wskazuje jasno, że Izba (uwzględniając odwołanie) może nakazać wykonanie lub powtórzenie czynności zamawiającego, albo nakazać unieważnienie czynności zamawiającego, albo nakazać zmianę projektowanego postanowienia umowy albo jego usunięcie, jeżeli jest niezgodne z przepisami ustawy Pzp. Izba nie orzekła jednak, że zgłoszone przez odwołującego żądanie było niezasadne, ale wyłącznie ze względów formalnych - żądanie zawarte w odwołaniu nie mogło być uwzględnione.

Podsumowując, odwołujący stwierdził, że opisywane w odwołaniu okoliczności, w jakich doszło do wezwania go do kolejnych wyjaśnień ceny, świadczą o tym, że zaskarżona czynność zamawiającego jest wadliwa i godzi w przepis art. 224 ust. 1 ustawy Pzp. Ponadto cały przebieg postępowania odwoławczego, gdzie zamawiający kolejny raz podejmuje względem odwołującego czynność, którą Izba już raz uznała za wadliwą, wskazuje na intencjonalne działanie nakierowane wprost przeciwko odwołującemu, zwłaszcza mając na uwadze skutki, jakie ustawa Pzp wiąże z nieudzieleniem wyczerpujących wyjaśnień ceny.

Mając na uwadze powyższe, w jego ocenie, zachowanie zamawiającego uznać też należy za naruszające art. 16 pkt 1 i 3 ustawy Pzp, zwłaszcza w świetle wyroku Izby z dnia 10 października 2022 r. i przesądzonych w nim kwestii, a także zachowania zamawiającego względem innych wykonawców, którzy (według najlepszej wiedzy odwołującego) do podobnych wyjaśnień wzywani nie byli (poza MPO, którego sytuacja jest diametralnie inna). Na ocenę zachowania zamawiającego wpływać powinien także fakt, że zamawiający (choć skierował do odwołującego pismo o bardzo doniosłych skutkach), nie udostępnił

odwołującemu pisma wykonawcy z 4 listopada 2022 r., z którym odwołujący de facto powinien polemizować w wyjaśnieniach ceny, które musiał złożyć i nawet protokół postępowania został odwołującemu udostępniony dopiero w dniu 18 listopada 2022 r., w godzinach popołudniowych, kiedy wyjaśnienia ceny zostały już (wyłącznie z daleko posuniętej ostrożności) zamawiającemu złożone.

Mając na uwadze powyższą argumentację, odwołujący wnosił jak w petitum odwołania.

Zamawiający poinformował wykonawców, zgodnie z art. 185 ust. 1 ustawy Pzp, o wniesieniu odwołania, wzywając uczestników postępowania do złożenia przystąpienia. Swoje przystąpienie do postępowania odwoławczego po stronie zamawiającego zgłosił wykonawca: **Miejskie Przedsiębiorstwo Oczyszczania w m. st. Warszawie Sp. z o.o. z siedzibą w Warszawie.**

Zamawiający, działając w oparciu o art. 521 ust. 1 ustawy Pzp, złożył do akt sprawy odpowiedź na odwołanie (pismo z 1 grudnia 2022 r.) wnosząc o jego oddalenie w całości jako niezasadnego.

Przystępujący zaprezentował swoje stanowisko w sprawie w piśmie procesowym, złożonym na posiedzeniu w dniu 1 grudnia 2022 r. Jednocześnie wniósł o przeprowadzenie dowodów z dokumentów załączonych do niego, na okoliczności w nim wskazane.

Krajowa Izba Odwoławcza, po przeprowadzeniu rozprawy w przedmiotowej sprawie, na podstawie zebranego materiału dowodowego, po zapoznaniu się z dokumentacją postępowania o udzielenie zamówienia publicznego przekazaną przez zamawiającego w wersji elektronicznej, po zapoznaniu się z treścią odwołania, odpowiedzią zamawiającego na nie, stanowiskiem zawartym w piśmie procesowym złożonym przez przystępującego, a także po wysłuchaniu oświadczeń, jak też stanowisk stron i uczestnika postępowania, złożonych ustnie do protokołu w toku rozprawy ustaliła i zważyła, co następuje

Izba ustaliła, że nie zaszła żadna z przesłanek, o których stanowi art. 528 ustawy Pzp, skutkujących odrzuceniem odwołania.

Izba dokonała badania spełnienia przez odwołującego przesłanek określonych w art. 505 ustawy Pzp, to jest kwestii posiadania przez niego legitymacji do wniesienia odwołania uznając, że interes odwołującego we wniesieniu odwołania przejawia się w następujący sposób.

Odwołujący złożył ofertę w postępowaniu i ubiega się o przedmiotowe zamówienie w zakresie części 4. Skierowane do niego ponowne wezwanie do wyjaśnień ceny jest w jego ocenie bezpodstawne, a kreuje domniemanie, że zaoferowana przez niego cena jest ceną rażąco niską. W sytuacji zatem, gdy wezwanie adresowane do odwołującego jest w jego ocenie bezzasadne, mając na uwadze doniosłe sankcje, jakie związane są z nieudzieleniem wyjaśnień ceny bądź nieudzieleniem ich w sposób, który będzie satysfakcjonował zamawiającego, interes odwołującego we wniesieniu niniejszego odwołania przejawia się w tym, aby czynność, która jest w jego ocenie niezgodna z przepisami ustawy Pzp - została przez Izbę uchylona. Gdyby wyjaśnienia odwołującego uznane zostały za niewystarczające i złożona przez niego oferta odrzucona, odwołujący zostałby bezpodstawnie pozbawiony możliwości realizacji przedmiotowego zamówienia, pomimo tego, że zaoferowana cena (i jej elementy składowe) są realne i rynkowe, a złożona oferta powinna być uznana za najkorzystniejszą w postępowaniu. Szkoda, jaką może ponieść odwołujący w wyniku zaskarżonych czynności zamawiającego, odpowiada więc co najmniej zyskowi, jaki uzyskałby realizując zamówienie.

Izba dokonała ustaleń faktycznych w oparciu o dokumentację postępowania o udzielenie zamówienia, przekazaną przez zamawiającego. Ponadto Izba, z urzędu, dopuściła jako dowód w sprawie akta postępowań odwoławczych o sygn. akt: KIO 2224/22 i KIO 2497/22, które to stały się podstawą poczynionych przez Izbę ustaleń.

Izba dopuściła i przeprowadziła dowody z dokumentów złożonych przez uczestnika postępowania, innych niż stanowiące element dokumentacji postępowania o udzielenie zamówienia, załączonych do pisma procesowego.

Krajowa Izba Odwoławcza ustaliła, co następuje

Zamawiający prowadzi postępowanie o udzielenie zamówienia publicznego, którego przedmiotem jest odbiór odpadów komunalnych z nieruchomości położonych w dzielnicach Bielany, Żoliborz, Praga-Południe, Praga-Północ, Rembertów, Wawer, Wesoła, Ursynów i Wilanów m.st. Warszawy. Postępowanie zostało podzielone na części, niniejsze odwołanie dotyczy Zadania nr 8 (Część 4) - świadczenie usług w dzielnicach: Ursynów i Wilanów.

Zgodnie z zapisami pkt 25 specyfikacji warunków zamówienia (dalej „SWZ”), w celu wyboru najkorzystniejszej oferty, zamawiający przyjął następujące kryteria oceny ofert, przypisując im odpowiednio wagi procentowe: (1) Cena brutto - 30%; (2) Stawka za 1 km transportu 1 Mg odpadów - 30%; (3) Kryterium środowiskowe - 20%; (4) Kryterium technologiczne - 20%. W pkt 26.1. i 26.2. SWZ zamawiający doprecyzował zasady przyznawania punktów w ramach poszczególnych kryteriów, w tym także w ramach kryteriów

cenowych. I tak, w myśl pkt 26.1.1. SWZ: W danym kryterium oceny ofert zamawiający przyznawać będzie punkty wykonawcom za zaoferowaną w Formularzu Oferty cenę brutto za odbiór 1 Mg odpadów komunalnych dla odległości do 40 km od granicy Zadań do instalacji lub stacji przeładunkowych, o których mowa w § 38 OPZ, liczonej w linii prostej (C). Ocena ofert dokonywana będzie według następującego wzoru: $P_c = \text{najniższa cena ofertowa brutto} / \text{cena oferty badanej brutto} \times 30$. Z kolei w pkt 26.2.1. SWZ zamawiający wskazał: W danym kryterium oceny ofert zamawiający przyznawać będzie punkty wykonawcom za zaoferowaną w Formularzu Oferty stawkę za 1 km transportu 1 Mg odpadów komunalnych, dla odległości powyżej 40 km od granicy Zadania do instalacji lub stacji przeładunkowych, o których mowa w § 38 OPZ, liczonej w linii prostej (S). Ocena ofert dokonywana będzie według następującego wzoru: $P_{st} = \text{najniższa cena ofertowa brutto} / \text{ocena oferty badanej brutto} \times 30$.

W odpowiedzi na ogłoszenie o zamówieniu, w wyznaczonym przez zamawiającego terminie swoje oferty złożyło pięciu wykonawców, w tym odwołujący i przystępujący.

Dalej Izba ustaliła, że 22 czerwca 2022 r. przeprowadzona została aukcja elektroniczna. Zgodnie z regułami zawartymi w pkt 27.5 SWZ wykonawcy mogli licytować ceny, w ramach obu pozacenowych kryteriów oceny ofert. Zamawiający w dokumentach zamówienia przewidział, że: Wykonawca w toku aukcji elektronicznej może licytować parametry następujących kryteriów oceny ofert: „Cena brutto” oraz „Stawka za 1km transportu 1Mg odpadów”, przy czym:

- a) dla kryterium „Cena brutto” wartością wyjściową w aukcji elektronicznej dla każdego wykonawcy jest zaproponowana przez danego wykonawcę w złożonej ofercie cena jednostkowa brutto za odbiór 1 Mg odpadów komunalnych dla odległości do 40 km od granicy Zadań do instalacji lub stacji przeładunkowych, o których mowa w § 38 OPZ, liczonej w linii prostej (C). Wykonawca w toku aukcji może podawać cenę jednostkową brutto za odbiór 1 Mg odpadów komunalnych dla odległości do 40 km od granicy Zadań do instalacji lub stacji przeładunkowych, o których mowa w § 38 OPZ, liczonej w linii prostej (C), przy czym każda kolejna podawana cena jednostkowa musi być korzystniejsza od poprzedniej o co najmniej wysokość postąpienia, tj.: odbiór 1 Mg odpadów komunalnych dla odległości do 40 km od granicy Zadań do instalacji lub stacji przeładunkowych, o których mowa w § 38 OPZ, liczonej w linii prostej (C); wysokość postąpienia - 1 zł. Sposób obliczania ceny oferty i przyznawania punktów w kryterium „Cena brutto” będzie odbywał się automatycznie na zasadach określonych w pkt 26.1. SWZ.
- b) dla kryterium „Stawka za 1km transportu 1 Mg odpadów” wartością wyjściową w aukcji elektronicznej dla każdego wykonawcy jest zaproponowana przez danego wykonawcę

w złożonej ofercie cena jednostkowa brutto jako stawkę za 1 km transportu 1 Mg odpadów komunalnych, dla odległości powyżej 40 km od granicy Zadania do instalacji lub stacji przeładunkowych, o których mowa w § 38 OPZ, liczonej w linii prostej (S). Wykonawca w toku aukcji może podawać cenę jednostkową brutto jako stawkę za 1 km transportu odpadów komunalnych, dla odległości powyżej 40 km od granicy Zadania do instalacji lub stacji przeładunkowych, o których mowa w § 38 OPZ, liczonej w linii prostej (S), przy czym każda kolejna podawana cena jednostkowa musi być korzystniejsza od poprzedniej o co najmniej wysokość postąpienia, tj.: stawka 1 km transportu 1 Mg odpadów komunalnych, dla odległości powyżej 40 km od granicy Zadania do instalacji lub stacji przeładunkowych, o których mowa w § 38 OPZ, liczonej w linii prostej (S); wysokość postąpienia - 0,02 zł. Sposób obliczania ceny oferty i przyznawania punktów w kryterium „Stawka za 1 km transportu 1 Mg odpadów” będzie odbywał się automatycznie na zasadach określonych w pkt 26.2. SWZ.

- c) Zaoferowane wartości dla kryteriów: „Kryterium środowiskowe” oraz „Kryterium technologiczne” są wartościami stałymi i nie podlegają zmianie w toku aukcji elektronicznej. Punkty przyznane ofercie za te kryteria, na etapie oceny ofert składanych w systemie, będą automatycznie dodawane do punktów przyznanych kryteriom licytowanym w toku aukcji elektronicznej.

Izba ustaliła, że w toku aukcji elektronicznej odwołujący zaoferował ostatecznie następujące ceny: cena jednostkowa - 450,40 zł.; stawka za 1 km transportu 1 Mg odpadów - 0,20 zł. Z kolei wykonawca MPO zaproponował za realizację tego zadania: cenę jednostkową - 604,18 zł.; stawkę za 1 km transportu 1 Mg odpadów - 0,14 zł.

Aukcję elektroniczną (dotyczącą Zadania nr 8) wygrał wykonawca MPO, z kolei oferta odwołującego zajęła w tzw. rankingu ofert drugie miejsce.

Odwołujący nie zgodził się z powyższą decyzją zamawiającego, w wyniku czego w dniu 26 sierpnia 2022 r. złożył odwołanie do Krajowej Izby Odwoławczej, domagając się nakazania odrzucenia oferty MPO, jako złożonej w warunkach czynu nieuczciwej konkurencji, a jednocześnie nieważnej, jako sprzecznej z zasadami współżycia społecznego. Dodatkowo, postawił też w odwołaniu zarzut zaniechania wezwania MPO do wyjaśnień, w tym złożenia dowodów w zakresie wyliczenia istotnej części składowej oferty, tj. stawki za 1 km transportu 1 Mg odpadów, w sytuacji w której zaoferowana przez MPO stawka 0,14 zł. za transport, jest niższa o co najmniej 30% od średniej arytmetycznej cen zaoferowanych w ramach tego kryterium, we wszystkich ofertach niepodlegających odrzuceniu na podstawie art. 226 ust. 1 pkt 1 i 10 ustawy Pzp.

Izba ustaliła, że postępowanie odwoławcze w tej sprawie toczyło się pod sygn. akt KIO 2224/22 i zostało umorzone postanowieniem z dnia 15 września 2022 r., w oparciu o przepis art. 568 pkt 2 ustawy Pzp. Izba wzięła pod uwagę, że zamawiający uwzględnił wyżej wymienione odwołanie w zakresie zarzutów zaniechania wezwania MPO do wyjaśnień, w tym złożenia dowodów w zakresie wyliczenia istotnej części składowej zaoferowanej ceny, tj. stawki za 1 km transportu 1 Mg 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 ustawy Pzp oraz zaniechania wezwania MPO do wyjaśnień, w tym złożenia dowodów w zakresie wyliczenia istotnej części składowej zaoferowanej ceny, tj. stawki za 1 km transportu 1 Mg 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, i podjął czynności w tym postępowaniu. W dniu 12 września 2022 r. zamawiający poinformował wykonawców o unieważnieniu czynności wyboru oferty najkorzystniejszej, a następnie wezwał do złożenia wyjaśnień w zakresie wyliczenia zaoferowanych cen.

Zamawiający pismem z 13 września 2022 r. wezwał do złożenia wyjaśnień przystępującego i odwołującego, kierując do nich wezwaniem w trybie art. 224 ust. 1 ustawy Pzp. Zażądał złożenia wyjaśnień, w tym przedstawienia dowodów na okoliczność wykazania realności i prawidłowości wyliczenia ceny oferty.

Odwołujący zakwestionował tą czynność zamawiającego, zarzucając mu naruszenie art. 224 ust. 1 ustawy Pzp w zw. z art. 16 pkt 1 i 3 ustawy 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 takiego 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.

Przedmiotowe postępowanie było rozpoznawane przez Izbę pod sygnaturą akt KIO 2497/22, zaś wyrokiem z dnia 10 października 2022 r. Izba uwzględniła odwołanie i nakazała zamawiającemu unieważnienie czynności wezwania odwołującego do złożenia wyjaśnień w zakresie ceny oferty na realizację części 4 (zadania 8). Odwołujący w dniu 26 września 2022 r. złożył wyjaśnienia oraz załączył dowody, mające potwierdzać, że zaoferowana przez niego w postępowaniu cena nie jest rażąco niska.

Następnie zamawiający, pismem z 9 listopada 2022 r., poinformował odwołującego, iż celem wykonania wyroku Krajowej Izby Odwoławczej z dnia 10 października 2022 r. o sygn. akt: KIO 2497/22, zamawiający unieważnia czynność z 13 września 2022 r., polegającą na wezwaniu odwołującego do złożenia wyjaśnień w zakresie ceny oferty na realizację części 4 (zadania 8).

Jednocześnie zamawiający, w dniu 10 listopada 2022 r., skierował do odwołującego kolejne wezwanie, w oparciu o podstawę prawną art. 224 ust. 1 ustawy Pzp, do złożenia wyjaśnień, w tym przedstawienia dowodów na okoliczność wykazania realności i prawidłowości wyliczenia stawki (ceny) brutto za 1km transportu 1 Mg odpadów stanowiącej istotną część składową ceny oferty w niniejszym postępowaniu w części 4 (Zadaniu 8). W ramach wyjaśnień poprosił o przedstawienie szczegółowej kalkulacji cenowej w zakresie stawki (ceny) brutto za 1 km transportu 1 Mg odpadów, szczegółowe uzasadnienie założeń przyjętych w kalkulacji i podanych tam wartości, w tym przedstawienie stosownych dowodów na ich poparcie, jak również odniesienie się do wszystkich pytań i wątpliwości opisanych w piśmie. W swoim wezwaniu wskazał, że przedmiotowemu wezwaniu wykonawcy do złożenia wyjaśnień poziomu ceny za transport odpadów, jako istotnej części składowej ceny, nie sprzeciwia się wyrok KIO z dnia 10 października 2022 r. sygn. akt KIO 2497/22. Jak jednoznacznie wynika z jego uzasadnienia (str. 9) przedmiotem oceny KIO była czynność zamawiającego polegająca na wezwaniu wykonawcy do złożenia wyjaśnień cen oferty za realizację części 4 (Zadania 8) zamówienia, w tym cen za odbiór odpadów.

Odwołujący nie zgodził się z taką interpretacją, w konsekwencji w dniu 21 listopada 2022 r. złożył odwołanie do Krajowej Izby Odwoławczej.

Krajowa Izba Odwoławcza zważyła, co następuje

Biorąc pod uwagę zgromadzony w sprawie materiał dowodowy, stanowiska stron oraz zakres zarzutów podnoszonych w odwołaniu Izba uznała, że odwołanie nie zasługiwało na uwzględnienie.

W pierwszej kolejności, z uwagi na treść zarzutów sformułowanych przez odwołującego, który wskazywał na naruszenie przepisu art. 224 ust. 1 ustawy Pzp, poprzez skierowanie do odwołującego ponownego wezwania do złożenia wyjaśnień, w tym przedstawienia dowodów na okoliczność wykazania realności i poprawności wyliczenia stawki (ceny) brutto za 1 km transportu 1 Mg odpadów, w sytuacji gdy taka sama czynność zamawiającego, była już wcześniej badana przez Krajową Izbę Odwoławczą w postępowaniu odwoławczym, toczącym się pod sygnaturą akt: KIO 2497/22, a co więcej czynność ta została przez Izbę unieważniona, co zdaniem odwołującego miało świadczyć jedynie o pozornym wykonaniu ww. wyroku, należy odnieść się do kwestii, co było przedmiotem rozpoznania Izby w wyroku z dnia 10 października 2022 r. (sygn. akt: KIO 2497/22), a także jakie wnioski płyną z treści uzasadnienia orzeczenia, w końcu też jaki wpływ miało przedmiotowe orzeczenie na dalsze czynności zamawiającego, podejmowane w tym postępowaniu.

Kluczowe w ocenie Izby jest to, że wbrew twierdzeniom odwołującego, analiza wyroku KIO 2497/22 prowadzić może jedynie do wniosku, że Izba, uwzględniając odwołanie odwołującego i nakazując unieważnienie czynności wezwania do wyjaśnień z dnia 13 września 2022 r., wypowiedziała się w zakresie podstaw do wezwania odwołującego do wyjaśnień w trybie art. 224 ust. 1 ustawy Pzp w odniesieniu do ceny oferty, a nie jej poszczególnych elementów składowych. Tego też dotyczyła zarówno treść złożonego odwołania, tak też bowiem sformułowane zostało poprzednie wezwanie do wyjaśnień z 13 września 2022 r. Nie ulega wprawdzie wątpliwości, że swoim zakresem obejmowało ono cenę oferty, na którą składają się zarówno cena za odbiór 1 Mg odpadów, jak też stawka za transport odpadów, jednakże nie sposób nie dostrzec, że Izba w omawianej sprawie wypowiedziała się w kwestii zasadności wezwania, które dotyczyło ceny oferty, a nie jej istotnych części składowych. Przedmiot sporu został w sposób jednoznaczny zdefiniowany przez Izbę na stronie 9 uzasadnienia, gdzie stwierdzono, że: „Kwestią sporną w niniejszej sprawie było to, czy zaistniały przesłanki 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.”

W ocenie składu orzekającego w niniejszej sprawie, nie budzi zatem wątpliwości, że w sprawie KIO 2947/22, z uwagi na zakres podnoszonych zarzutów (dotyczących treści wezwania z 13 września 2022 r., obejmującego cenę oferty), zakreślony przez Izbę jednoznacznie przedmiot sporu dotyczył zasadności wezwania odwołującego do wyjaśnień szeroko rozumianej ceny oferty. Choć Izba odnosiła się w treści orzeczenia do argumentacji zamawiającego, dotyczącej zasadności wezwania do wyjaśnień w zakresie ceny za transport 1 Mg odpadów, nie przesądziła jednak, że wezwanie odwołującego do

wyjaśnień w odniesieniu do istotnych części składowych ceny, stanowiłoby naruszenie przepisów ustawy Pzp.

Uwzględniając odwołanie przesądziła jedynie, że nie było uzasadnione wezwanie do wyjaśnień w tak szerokim zakresie, jak to sprecyzował zamawiający, szczególnie mając na uwadze konieczność zachowania zasady równego traktowania i uczciwej konkurencji. W tym miejscu koniecznym jest przywołanie fragmentu orzeczenia, w którym na str. 20 Izba wskazała, iż: „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”. Z tego fragmentu uzasadnienia wynika zatem jednoznacznie, iż poza zakresem oceny Izby przy wydawaniu wyroku było to, czy istniały przesłanki do wezwania odwołującego w zakresie odnoszącym się wyłącznie do istotnej składowej ceny, jaką jest cena za transport 1 Mg odpadów.

Niezasadne są zatem zarzuty odwołującego w tej części, w jakiej wskazuje na pozorne wykonanie wyroku KIO, który miał jakoby przesądzać, że wezwanie do wyjaśnień w przedmiocie wszystkich elementów składających się na cenę oferty, w niniejszym postępowaniu nie jest zasadne. Ponownie należy wskazać, że Izba w wyroku rozstrzygnęła zasadność żądania wyjaśnień w zakresie całej ceny oferty, a nie jej istotnej części składowej. Twierdzenia odwołującego nie znajdują zatem oparcia ani w okolicznościach faktycznych, przyjętych przez KIO dla oceny zasadności wniesionego odwołania, pozostają też w sprzeczności z treścią uzasadnienia wyroku KIO 2497/22.

Trafnie też zamawiający, kierując do odwołującego wezwanie do wyjaśnień z 10 listopada 2022 r., przywoływał te fragmenty wyroku w sprawie KIO 2497/22, które uzasadniały okoliczności, dla których powtórne wezwanie do złożenia do wyjaśnień, w świetle zapadłego orzeczenia, stało się konieczne. Zamawiający zauważył bowiem, że: „z uwagi na treść wyroku KIO z dnia 10 października 2022 roku sygn. akt KIO 2497/22, w którym KIO nakazała unieważnienie wezwania do poprzednich wyjaśnień z dnia 13 września 2022 roku, wskazując m.in., że przepis art. 554 ust. 3 ustawy nie uprawnia KIO do unieważnienia wezwania w części („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”), ze względów formalnych konieczne stało się ponowne wezwanie Wykonawcy do złożenia nowych, kompleksowych wyjaśnień w trybie art. 224 ust. 1 ustawy. Z opisanych wyżej przyczyn formalnych Zamawiający nie może wziąć pod uwagę pierwotnych wyjaśnień i poprzestać na wezwaniu do ich uzupełnienia, zatem niezbędne stało

się wezwaniu do nowych wyjaśnień - w odniesieniu do stawki za transport 1 Mg odpadów na odległość 1 km. Wezwaniu Wykonawcy do złożenia wyjaśnień poziomu ceny za transport odpadów jako istotnej części składowej ceny, nie sprzeciwia się wyrok KIO z dnia 10 października 2022 r. sygn. akt KIO 2497/22. Jak jednoznacznie wynika z jego uzasadnienia (str. 9) przedmiotem oceny KIO była czynność Zamawiającego polegająca na wezwaniu Wykonawcy do złożenia wyjaśnień ceny oferty za realizację części 4 (Zadania 8) zamówienia, w tym ceny za odbiór odpadów. KIO na str. 20 uzasadnienia wyroku jednoznacznie wskazała, iż: 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". Zgodzić należy się z zamawiającym, że sam wyrok KIO nie stanowił przeszkody do tego aby, w ramach powtórzonych czynności, ponownie wezwał odwołującego do złożenia wyjaśnień, tym razem w okrojonym zakresie tj. odnośnie istotnej części składowej zamówienia - ceny (stawki) za transport odpadów.

Nie sposób tym samym zgodzić się z twierdzeniem odwołującego, jakoby zamawiający ignorował orzeczenia Izby, jedynie pozornie wykonując wyrok KIO 2497/22. To bowiem czynność wezwania do wyjaśnień z 13 września 2022 r. została przez Izbę unieważniona, z kolei powtórne wezwanie do wyjaśnień z 10 listopada 2022 r. ma zupełnie inny zakres i treść, inne były też podstawy do skierowania tego wezwania. Z jego treści wynika bowiem wprost, że podstawą faktyczną, dla skierowania takiego wezwania były okoliczności, które zaistniały już po dniu 13 września 2022 r., i które nie były przedmiotem badania KIO w ramach postępowania odwoławczego w sprawie KIO 2497/22.

Zamawiający w treści wezwania z 10 listopada 2022 r. wskazał na dwie okoliczności: budzące wątpliwości założenia kalkulacyjne stawki za transport, które przyjął sam odwołujący i wyartykułował w wyjaśnieniach złożonych 26 września 2022 r., a które to w jego ocenie wskazywały na możliwość zaoferowania rażąco niskiej wyceny istotnego elementu składowego ceny oferty, który ponadto stanowił kryterium oceny ofert, jak też wątpliwości w zakresie kalkulacji stawki za transport, wskazane w piśmie innego wykonawcy z 4 listopada 2022 r., wskazujące na znaczne ryzyko zaoferowania przez odwołującego rażąco niskiej wyceny stawki za transport, jako istotnego elementu składowego ceny oferty. Obydwie one, w świetle obowiązujących przepisów ustawy Pzp, mogły stać się podstawą do tego, aby zamawiający nabrał wątpliwości w zakresie realności kalkulacji tego elementu ceny ofertowej.

Odwołujący zarzucał wprawdzie, że treść złożonych przez niego w dniu 26 września 2022 r. wyjaśnień, nie mogła stanowić okoliczności, która uzasadniałaby wezwanie do wyjaśnień w trybie art. 224 ust. 1 ustawy Pzp, gdyż zostały one złożone na skutek

wadliwej czynności zamawiającego, unieważnionej przez niego w dniu 9 listopada 2022 r. na skutek wyroku Krajowej Izby Odwoławczej z dnia 10 października 2022 r., sygn. akt: KIO 2497/22.

Z taką argumentacją odwołującego nie sposób się jednak zgodzić przede wszystkim z tej przyczyny, że przepis art. 224 ust. 1 ustawy Pzp nie ogranicza źródeł, z których mogą pochodzić informacje uzasadniające wątpliwości zamawiającego, dotyczące prawidłowości istotnego elementu składowego ceny oferty. Mogą to być zarówno informacje pochodzące z innych ofert, złożonych w tym lub innych postępowaniach, doświadczenie zamawiającego zdobyte przy realizacji tożsamyh czy podobnych zamówień, znajomość cen przez zamawiającego, którą posiada z uwagi na to, że sam nabywa podobne dostawy, usługi czy roboty budowlane, ale też źródłem wątpliwości mogą być inne dokumenty, składane w toku postępowania, zarówno przez samego wykonawcę, jak też inne podmioty. Treść wskazanej regulacji nie stoi zatem na przeszkodzie temu, aby źródłem wątpliwości, dotyczących wysokości stawki za transport mogły być także informacje zawarte w wyjaśnieniach ceny, które zostały zamawiającemu złożone przez odwołującego w dniu 26 września 2022 r.

Co więcej, w ocenie Izby, zamawiający wręcz był zobligowany, aby informacje te przeanalizować i nie powinien ich zignorować, jeśli prowadziły do wniosku, że sporządzona przez odwołującego kalkulacja rodzi domniemanie występowania rażąco niskiej ceny w zakresie istotnej części składowej ceny jego oferty. Nie ulega wątpliwości, że przepis art. 224 ust. 1 ustawy Pzp kierowany jest do zamawiającego, gdyż użyte w nim zwroty „wydaje się” czy „budzi wątpliwości zamawiającego” są pojęciami nieostryimi, które zostały wprowadzone przez ustawodawcę, aby dać zamawiającemu szerokie możliwości działania. Przepis ten zatem stanowi podstawę do wezwania do wyjaśnień, z którego może skorzystać zamawiający w uzasadnionych sytuacjach, gdy po jego stronie powstaną wątpliwości co do tego, że dany wykonawca zaoferował cenę, za którą rzeczywiście będzie mógł wykonać zamówienie w sposób zgodny z oczekiwaniami i wymogami zamawiającego. Jednocześnie jednak wskazania wymaga, że regulacja ta, w niektórych sytuacjach, wręcz nakłada na zamawiającego obowiązek przeprowadzenia procedury wyjaśniającej. Jak każdy inny przepis ustawy Pzp może zostać przez zamawiającego naruszony, a inne podmioty mogą złożyć odwołanie do Krajowej Izby odwoławczej zarzucając, że zamawiający, który zaniechał takiego wezwania, naruszył zasady prowadzonego postępowania. W tych przypadkach najczęściej źródłem wątpliwości są informacje o cenach, czy ich istotnych częściach składowych, przekazywane w toku postępowania przez innych wykonawców ubiegających się o to samo zamówienie. Zamawiający, w takich wypadkach, powinien przeanalizować wskazywane tam okoliczności, a następnie jeśli uzna je za zasadne - skierować do wykonawcy stosowne wezwanie.

Trafnie przywoływał w tym kontekście zamawiający wyrok TSUE z 29 marca 2012 r. w sprawie C-599/10 (SAG ELV Slovensko a.s.), wskazując na obowiązek żądania wyjaśnień w przypadku podejrzenia rażąco niskiej ceny czy jej elementów składowych. W wyroku tym Trybunał wskazał bowiem: „Należy przypomnieć, że zgodnie z art. 55 dyrektywy 2004/18, jeżeli w przypadku danego zamówienia oferty wydają się rażąco niskie względem świadczenia, instytucja zamawiająca przed odrzuceniem tych ofert „zwraca się na piśmie o podanie szczegółów, dotyczących składowych elementów ofert, które uważa za istotne”. Z fragmentu tego płynie wniosek, że zamiarem prawodawcy było ustanowienie względem instytucji zamawiających wymogu, by dokonywały one weryfikacji składowych elementów rażąco niskich ofert, poprzez nałożenie na nie w tym celu obowiązku zażądania od kandydatów przedstawienia uzasadnienia koniecznego do wykazania, że oferty te są poważne.

Z powyższych przepisów, sformułowanych w sposób imperatywny, wynika w sposób jasny, że zamiarem prawodawcy Unii było ustanowienie względem instytucji zamawiających wymogu, by dokonywały one weryfikacji składowych elementów rażąco niskich ofert, poprzez nałożenie na nie w tym celu obowiązku zażądania od kandydatów przedstawienia uzasadnienia koniecznego do wykazania, że oferty te są poważne (zob. podobnie wyrok z dnia 27 listopada 2001 r. w sprawach połączonych C285/99 i C-286/99 *Lombardini i Mantovani*, Rec. s. I-9233, pkt 46-49).²⁹ W związku z tym zaistnienie, w odpowiednim momencie procedury badania ofert, skutecznej debaty na zasadzie kontradiktoryjności pomiędzy instytucją zamawiającą a kandydatem, aby mógł on wykazać, że jego oferta jest poważna, stanowi wymóg dyrektywy 2004/18 mający zapobiec arbitralności instytucji zamawiającej i zagwarantować konkurencję między przedsiębiorstwami na zdrowych zasadach (zob. podobnie ww. wyrok w sprawie *Lombardini i Mantovani*, pkt 57)”. Pogląd ten pozostaje nadal aktualny i na gruncie przepisu art. 224 ust. 1 ustawy Pzp należy go rozumieć w taki sposób, że konieczność weryfikacji oferty pod kątem występowania rażąco niskiej ceny nie tyle stanowi uprawnienie, co jest obowiązkiem zamawiającego.

Orzeczenie to, w okolicznościach rozpoznawanej sprawy, ma szczególne znaczenie, gdyż wobec stwierdzenia przez zamawiającego okoliczności, które powodowały wystąpienie podejrzenia występowania rażąco niskiej ceny w ofercie odwołującego - zamawiający miał nie tyle uprawnienie, co obowiązek żądania złożenia stosownych wyjaśnień. Jednocześnie, jak zauważono wcześniej, źródłem wątpliwości w tym zakresie mogą być informacje pozyskane w toku postępowania, ale też przekazywane przez samego wykonawcę. Co więcej zamawiający nie powinien ich ignorować, gdyż jak trafnie zauważył wszystkie one, składane w postępowaniu, stają się jego częścią. Jeśli zatem odwołujący, pomimo złożonego odwołania w sprawie KIO 2497/22, domagając się unieważnienia czynności wezwania do

wyjaśnień w przedmiocie rażąco niskiej ceny, zdecydował się jednak je złożyć, to stały się one częścią dokumentacji z prowadzonego postępowania.

Powyższa kwestia była też przedmiotem analizy składu orzekającego w sprawie sygn. akt KIO 2497/22. Odwołujący wnosił bowiem także o to, aby Izba orzekła o nie braniu pod uwagę treści wyjaśnień, złożonych przez niego w odpowiedzi na wezwanie z 13 września 2022 r. W tym przedmiocie Izba w uzasadnieniu przesądziła, że takie żądanie nie może zostać uwzględnione, na str. 20 czytamy: „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”. Nie sposób zgodzić się przy tym, na co wskazywał odwołujący, że fragment ten należy odczytywać, dopatrując się w nim sformułowań mających charakter wyłącznie procesowy. W orzeczeniu, wbrew sformułowanemu w tym zakresie żądaniu odwołującego, aby Izba orzekła o tym, że złożone wyjaśnienia nie będą mogły być wzięte pod uwagę przez zamawiającego, ta uznała, że w świetle przepisów ustawy Pzp - takie żądanie jest nieuprawnione, dając jednocześnie zamawiającemu możliwość zapoznania się z nimi, jak też szczegółowej analizy treści złożonych wyjaśnień.

Skład orzekający w niniejszej sprawie pragnie jednocześnie zauważyć, że nie istnieje przepis ustawy Pzp, który zakazywałby zamawiającemu, wzięcie pod uwagę dokumentu, treść którego wskazuje na to, że sporządzona przez wykonawcę w postępowaniu kalkulacja może budzić wątpliwości pod względem jej rzetelności, czy realności przyjętych do wyceny założeń. Taki zakaz nie wynika w szczególności z treści wskazywanego przez odwołującego przepisu art. 224 ust. 1 ustawy Pzp, który jak już była mowa, w niektórych okolicznościach wręcz nakazuje zamawiającemu przeprowadzenie badania oferty pod kątem rażąco niskiej ceny.

Tym samym, zarówno treść wyjaśnień i powstałe w związku z nią wątpliwości, które co należy podkreślić nie były przedmiotem rozstrzygnięcia przez KIO w poprzednio wydanym orzeczeniu, podobnie jak kwestie zgłoszone w piśmie innego wykonawcy, jakie wpłynęło do zamawiającego 4 listopada 2022 r., mogły stać się podstawą do skierowania do odwołującego nowego wezwania do wyjaśnień, tym razem w zakresie istotnej części składowej ceny.

Wymaga również dostrzeżenia, że odwołujący formułował zarzut naruszenia art. 224 ust. 1 ustawy Pzp, nie odnosząc się w żaden sposób do zakresu wezwania, nie kwestionował okoliczności, które w treści pisma zamawiający powoływał jako te, które miały uzasadniać powstanie wątpliwości w zakresie rażąco niskiej wyceny stawki za transport w stosunku do przedmiotu zamówienia, a przez to budzić istotne wątpliwości zamawiającego co do jej realności oraz możliwości wykonania przedmiotu zamówienia w zakresie transportu odpadów na odległość powyżej 40 km od granicy Zadania, zgodnie z wymaganiami

określonymi w dokumentach zamówienia. W treści zarzutu, jak też w uzasadnieniu odwołania twierdził wprawdzie, że zaoferowana przez niego cena nie nosi znamion rażąco niskiej i jest ceną realną, jednakże w żaden sposób nie odnosił się do tych elementów, które wskazywał zamawiający w wezwaniu do wyjaśnień z 10 listopada 2022 r., nie polemizował także w żaden sposób z tym, jaki zakres informacji uznał zamawiający, za mogący budzić podejrzenia co do występowania rażąco niskiej ceny jego oferty.

Co warte uwagi, przedmiotem wątpliwości zamawiającego, na które zwrócił uwagę w treści pisma, była zaoferowana przez odwołującego stawka (cena) brutto za 1 km transportu 1 Mg odpadów, a powyższe powstały w związku z wyjaśnieniami składanymi przez samego odwołującego. Pomimo tego, odwołujący nie wskazywał w treści odwołania i nie przytaczał żadnych argumentów czy dowodów na okoliczność, że wyartykułowane wątpliwości są niezasadne, a w konsekwencji i samo wezwanie narusza treść przepisu art. 224 ust. 1 ustawy Pzp.

Wątpliwości zamawiającego opisane zostały w sposób szczegółowy w treści wezwania z 10 listopada 2022 r., aby więc zakwestionować zasadność zastosowania procedury wyjaśniającej, odwołujący powinien był się do wskazanych przez zamawiającego elementów odnieść. W przeciwnym razie zarzuty, że zamawiający nie był uprawniony do zastosowania art. 224 ust. 1 ustawy Pzp - należy uznać za gołosłowne. Nie można bowiem twierdzić, że zamawiający nie miał podstaw do wezwania w zakresie rażąco niskiej ceny, jeśli wykonawca nie wdaje się w polemikę z okolicznościami leżącymi u podstaw takiego wezwania.

Jak wielokrotnie podkreślała Izba w swoich orzeczeniach, postępowanie przed KIO ma charakter kontradyktoryjny i to na odwołującym spoczywa ciężar dowodu, że czynność zamawiającego naruszała powołane w odwołaniu przepisy ustawy Pzp. Odwołujący nawet nie podjął próby polemiki z treścią wezwania, ograniczając się do twierdzeń, że to było nieuprawnione w kontekście zapadłego wcześniej wyroku KIO, a podstawą wezwania były informacje przekazane przez odwołującego w toku postępowania. Powyższe nie jest wystarczające, aby skutecznie zakwestionować czynność, jaką było powtórne wezwanie odwołującego do złożenia wyjaśnień rażąco niskiej ceny. Już tylko z tej przyczyny należy uznać, że odwołanie podlega oddaleniu z uwagi na to, że odwołujący nie sprostał ciężarowi dowodu, że wezwanie z art. 224 ust. 1 ustawy Pzp oparte zostało na przesłankach, które w żaden sposób nie powinny stanowić ani okoliczności uprawniających do tego, że zamawiający powziął wątpliwości co do realności tego elementu ceny, a w konsekwencji nie powinny stanowić podstawy do wezwania odwołującego do złożenia wyjaśnień.

Tym samym, w związku z tym, że zarzuty w tym zakresie nie zostały przez odwołującego sformułowane, jedynie na marginesie Izba stwierdza, że analiza treści wezwania z 10 listopada 2022 r. prowadzi do wniosku, że przedmiotem tej czynności były

nowe okoliczności i nowe wątpliwości, które wymagały wyjaśnienia i weryfikacji. Okoliczności, które wzbudziły wątpliwości zamawiającego dotyczyły możliwości zaoferowania rażąco niskiej stawki za transport, miały charakter obiektywny, i co istotne dotyczyły tych elementów kosztowych, które wymieniał sam odwołujący jako te, które wpływały na wynik jego kalkulacji, tj. umożliwiły mu zaoferowanie stawki 0,20 zł. za transport 1 Mg na odległość 1 km. Jako zasadne należy zatem uznać wątpliwości zamawiającego, który pyta odwołującego o podstawy, które przyjął na potrzeby kalkulacji stawki za transport, w postaci ceny paliwa na poziomie 6,13 zł netto/ litr ON, która nie uwzględniała jego zdaniem aktualnych i znanych odwołującemu społeczno-gospodarczych uwarunkowań będących konsekwencją agresji Rosji na Ukrainę (24 lutego 2022 roku); elementu w postaci średniego tonażu pojazdów transportujących odpady na poziomie 24,9 Mg, podczas gdy z wiedzy zamawiającego wynikało, że taki średni tonaż pojazdów nie występował podczas realizacji zamówienia oraz, że nie ma możliwości jednorazowego przewozu odpadów na poziomie 24,9 Mg pojazdem hakowym z przyczepą, a taki sposób odwołujący przewidział (realne możliwości jednorazowego transportu odpadów zielonych ww. środkiem transportu do instalacji zostały wskazane zamawiającemu na poziomie 18 Mg); poziomu spalania, wyliczonego na 23,3 l ON/100 km dla każdego pojazdu, który będzie realizował zamówienie, podczas gdy odwołujący wskazał, że zamówienie będzie realizowane zamortyzowanymi hakowcami z przyczepą, a zamawiający powziął informację, że poziom spalania załadowanego odpadami hakowca z przyczepą wynosi 43 l/100 km oraz, że nie jest możliwy poziom spalania 23,3 l /100 km także przy transporcie odpadów ciągnikami samochodowymi z naczepami, a więc w odmienny sposób niż przewidziany przez wykonawcę; w końcu także w zakresie wynagradzania kierowców, którzy wykonywać będą transport. Jako uzasadnioną należy uznać także wątpliwość w zakresie, w jakim zamawiający poprosił o wyjaśnienie co do podanego okresu 36 miesięcy, w kontekście powołanych w treści wyjaśnień i kalkulacji okoliczności wynikających z realizacji zagospodarowania na podstawie umów zawartych w postępowaniu na „Zagospodarowanie odpadów komunalnych z terenu Miasta Stołecznego Warszawy w planowanej ilości maksymalnej 144 000 Mg”, które dotyczą krótszego okresu niż podane przez odwołującego 36 miesięcy.

Ponadto, Izba poddała analizie dowody przedłożone przez MPO, załączone do pisma procesowego z 1 grudnia 2022 r. Ich analiza potwierdza dodatkowo, że przyjęte przez odwołującego w kalkulacji założenia na poziomie, jakie wskazał w swoich wyjaśnieniach, mogły rodzić domniemanie zamawiającego, co do nierynkowego charakteru zaoferowanej ceny.

Odwołujący podkreślał także, że skierowanie do niego wezwania, rodzącego domniemanie, iż zaoferowana przez niego istotna część składowa ceny oferty jest rażąco niska i obligującego go do złożenia wyczerpujących wyjaśnień w sytuacji, w której brak jest

przesłanek do skierowania takiego wezwania, narusza dodatkowo zasadę proporcjonalności, uczciwej konkurencji i równego traktowania wykonawców. Ponadto rodzi też ryzyko, że w przypadku gdy zamawiający negatywnie oceni treść złożonych przez niego wyjaśnień - oferta odwołującego może zostać odrzucona. W jego ocenie zatem zamawiający powinien powstałe wątpliwości wyjaśnić raczej w oparciu o przepis art. 223 ust. 1 ustawy Pzp, który daje możliwość żądania od wykonawców wyjaśnień dotyczących treści złożonych ofert oraz przedmiotowych środków dowodowych lub innych składanych dokumentów lub oświadczeń, a w razie ich złożenia, nie powoduje sankcji w postaci odrzucenia oferty wykonawcy, jeśli te nie są dla zamawiającego z jakichś powodów satysfakcjonujące.

Z tymi zarzutami nie sposób się zgodzić z tej przyczyny, że jak wskazano wcześniej, zamawiający jest zobligowany do zastosowania przepisu art. 224 ust. 1 ustawy Pzp w przypadku, gdy zaoferowana cena lub jej istotna część składowa, wzbudzi jego wątpliwości, co miało miejsce w okolicznościach niniejszej sprawy. Badaniu realności ceny służy wyłącznie wskazywany artykuł 224 ust. 1 ustawy Pzp, nie można zatem wątpliwości w zakresie istniejącego domniemania istnienia takiej ceny rozwiewać i badać jej realności, wzywając wykonawcę do wyjaśnień dotyczących treści złożonej oferty.

Ponadto odwołujący zdaje się nie dostrzegać, że samo wezwanie do wyjaśnień w trybie art. 224 ust. 1 ustawy Pzp, nie przesądza jeszcze o istnieniu rażąco niskiej ceny oferty czy istotnego elementu składowego ceny oferty, a jedynie jest wyrazem uzasadnionych wątpliwości zamawiającego. Te z kolei wykonawca, jeśli prawidłowo skalkulował cenę i jej istotne elementy składowe, może bez trudności rozwiązać, składając wyjaśnienia. Jeżeli uczyni to w sposób wyczerpujący, odnosząc się do wszystkich elementów o które zamawiający pyta w wezwaniu, nie ma żadnego ryzyka, że te nie zostaną uznane jako satysfakcjonujące. Co więcej, jeśli z jakichś powodów tak się stanie, odwołujący ma prawo zakwestionować czynność odrzucenia złożonej przez niego oferty, w drodze odwołania do Krajowej Izby Odwoławczej.

Mając na uwadze wyżej wskazaną argumentację, Izba orzekła jak w sentencji wyroku.

O kosztach postępowania orzeczono stosownie do wyniku sprawy, na podstawie art. 575 ustawy Pzp oraz § 8 ust. 2 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 wysokości wpisu od odwołania (Dz. U. z 2020 r., poz. 2437).

Przewodniczący:

Członkowie:

.....