

WYROK
z dnia 11 lutego 2019 r.

Krajowa Izba Odwoławcza - w składzie:

Przewodniczący: **Paweł Trojan**

Protokolant:
Haczykowski

Dominik

po rozpoznaniu na rozprawie w dniu 06.02.2019 r. w Warszawie odwołania wniesionego do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej w dniu **23.01.2019 r.** przez wykonawców wspólnie ubiegających się o udzielenie zamówienia Konsorcjum **Przedsiębiorstwo Usługowo – Produkcyjne i Handlowe COM-D Spółka z o.o., ul. Księcia Józefa Poniatowskiego 25, 59-400 Jawor** oraz p. **P. W.** prowadzący działalność gospodarczą pod firmą **Firma Handlowo – Usługowa P. W., ul. Chcianowska 17B, 59-220 Legnica** w postępowaniu prowadzonym przez Zamawiającego - **Gmina Miasta Legnica, Zarząd Dróg Miejskich w Legnicy, ul. Wojska Polskiego 10, 59-220 Legnica** w trybie przetargu nieograniczonego pn.: „Oczyszczanie miasta”.

przy udziale wykonawcy **Legnickie Przedsiębiorstwo Gospodarki Komunalnej Spółka z o.o., ul. Nowodworska 60, 59-220 Legnica** zgłaszającego przystąpienie do postępowania wszczętego wskutek wniesienia odwołania po stronie Zamawiającego

orzeka:

1. uwzględnić odwołanie w zakresie zarzutu art. 89 ust. 1 pkt 4 oraz art. 90 ust. 3 ustawy z dnia 29 stycznia 2004 r. Prawo zamówień publicznych i nakazuje Zamawiającemu unieważnienie czynności odrzucenia oferty wykonawców wspólnie ubiegających się o udzielenie zamówienia Konsorcjum **Przedsiębiorstwo Usługowo – Produkcyjne i Handlowe COM-D Spółka z o.o. oraz p. P. W. prowadzący działalność gospodarczą pod firmą Firma Handlowo – Usługowa P. W.** oraz nakazuje powtórne wezwanie ww. wykonawców do złożenia wyjaśnień na podstawie art. 90 ust. 1a ustawy Prawo zamówień publicznych z uwzględnieniem dotychczasowej analizy składników wynagrodzenia, w tym w szczególności wezwanie do wykazania i udowodnienia stawki utylizacji odpadów. W pozostałym zakresie oddala zarzuty zawarte w odwołaniu.

2. kosztami postępowania w wysokości **18 600 zł 00 gr** (słownie: osiemnaście tysięcy sześćset złotych i zero groszy) obciąża Zamawiającego - **Gmina Miasta Legnica, Zarząd Dróg Miejskich w Legnicy, ul. Wojska Polskiego 10, 59-220 Legnica** i:

1) zalicza w poczet kosztów postępowania kwotę **15 000 zł 00 gr** (słownie: piętnaście tysięcy złotych zero groszy) uiszczonej przez wykonawców wspólnie ubiegających się o udzielenie zamówienia Konsorcjum **Przedsiębiorstwo Usługowo – Produkcyjne i Handlowe COM-D Spółka z o.o., ul. Księcia Józefa Poniatowskiego 25, 59-400 Jawor** oraz p. **P. W. prowadzący działalność gospodarczą pod firmą Firma Handlowo – Usługowa P. W., ul. Chcianowska 17B, 59-220 Legnica** tytułem wpisu od odwołania,

2) zasądza od zamawiającego **Gmina Miasta Legnica, Zarząd Dróg Miejskich w Legnicy, ul. Wojska Polskiego 10, 59-220 Legnica** na rzecz wykonawców wspólnie ubiegających się o udzielenie zamówienia Konsorcjum **Przedsiębiorstwo Usługowo – Produkcyjne i Handlowe COM-D Spółka z o.o., ul. Księcia Józefa Poniatowskiego 25, 59-400 Jawor** oraz p. **P. W. prowadzący działalność gospodarczą pod firmą Firma Handlowo – Usługowa P. W., ul. Chcianowska 17B, 59-220 Legnica** kwotę w wysokości **18 600 zł 00 gr** (słownie: osiemnaście tysięcy sześćset złotych i zero groszy) tytułem zwrotu kosztów wpisu od odwołania oraz zastępstwa przed Izbą.

3. Stosownie do art. 198a i 198b ustawy z dnia 29 stycznia 2004 r. - Prawo zamówień publicznych (tekst jednolity Dz. U. z 16 października 2018 r., poz. 1986) na niniejszy wyrok - w terminie 7 dni od dnia jego doręczenia - przysługuje skarga za pośrednictwem Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej do **Sądu Okręgowego w Legnicy**.

Przewodniczący:

.....

Uzasadnienie

do wyroku z dnia 11 lutego 2019 r. w sprawie o sygn. akt KIO 109/19

Zamawiający – Zarząd Dróg Miejskich w Legnicy, ul. Wojska Polskiego 10, 59-220 Legnica prowadzi w trybie przetargu nieograniczonego postępowanie o udzielenie zamówienia publicznego pn.: „Oczyszczanie miasta”.

Postępowanie prowadzone w trybie przetargu nieograniczonego o wartości powyżej kwot określonych w przepisach wydanych na podstawie art. 11 ust. 8 ustawy Pzp.

W dniu 17.10.2018 r. ogłoszenie o zamówieniu zostało opublikowane w suplemencie do Dz. U. UE pod numerem 2018/S 200 – 455677.

W dniu 14.01.2019 r. Zamawiający poinformował wykonawców o odrzuceniu oferty Odwołującego.

Odwołanie zostało wniesione do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej w dniu 23.01.2019 r. w formie pisemnej przez wykonawców wspólnie ubiegających się o udzielenie zamówienia Konsorcjum **Przedsiębiorstwo Usługowo – Produkcyjne i Handlowe COM-D Spółka z o.o., ul. Księcia Józefa Poniatowskiego 25, 59-400 Jawor** oraz p. **P. W. prowadzący działalność gospodarczą pod firmą Firma Handlowo – Usługowa P. W., ul. Chcianowska 17B, 59-220 Legnica** wobec czynności polegającej na

I. Odrzuceniu oferty Wykonawcy z postępowania prowadzonego w trybie przetargu nieograniczonego na usługę w ramach zadania: „Oczyszczanie miasta” w Legnicy o numerze referencyjnym nadanym sprawie przez instytucję

zamawiającą DT — P /17 / 2018 z powodu rażąco niskiej ceny.

Odwołujący zarzucił, że zamawiający swoim postępowaniem polegającym na odrzuceniu oferty Konsorcjum Firm tj. Przedsiębiorstwa Usługowo - Produkcyjnego i Handlowego „COM — D” Sp. z o.o. z/s w Jaworze oraz Firmy Handlowo Usługowej Paweł Wójcik naruszył następujące przepisy ustawy - Prawo zamówień publicznych:

I. art. 90 ust 3 ustawy P.Z.P. w związku z art 89 ust 1 pkt 4 ustawy P.Z.P. poprzez nieuzasadnione przyjęcie, że argumenty powołane w piśmie z dnia 27 grudnia 2018 r. złożone przez Odwołującego nie wyjaśniają w sposób wystarczający, iż zaoferowana cena nie jest ceną rażąco niską co w konsekwencji skutkowało nieuzasadnionym przyjęciem, że oferta Odwołującego zawiera rażąco niską cenę podczas, gdy prawidłowa analiza treści pisma z dnia 27 grudnia 2018 r. w sposób jednoznaczny wskazuje, że Odwołujący posiada realną możliwość realizacji zadania za kwotę przedstawioną w ofercie przy uwzględnieniu przyzwoitego zysku.

II. art 92 ust. 1 pkt 3 ustawy P.Z.P. w związku z art. 7 ust 1 ustawy P.Z.P. poprzez przedstawienie uzasadnienia faktycznego i prawnego odrzucenia oferty Odwołującego w sposób niepełny; niejasny i budzący wątpliwości interpretacyjne, a w konsekwencji prowadzenie postępowania o udzielenie zamówienia w sposób niezapewniający zachowania uczciwej konkurencji oraz równego traktowania wykonawców.

W związku z powyższym Odwołujący wniósł o:

I. uwzględnienie odwołania w całości,

II. nakazanie unieważnienia czynności zamawiającego polegających na: a) odrzuceniu oferty odwołującego,

III. dokonania czynności ponownego wyboru najkorzystniejszej oferty, z uwzględnieniem oferty odwołującego,

IV. obciążenie zamawiającego kosztami postępowania, zgodnie z wykazem kosztów przedstawionych podczas rozprawy.

Niezależnie od powyższego wnoszę o:

V. dopuszczenie i przeprowadzenie dowodu z dokumentów w postaci załączonych do niniejszego odwołania,

na okoliczność potwierdzenia, iż oferta Odwołującego nie zawiera ceny rażąco niskiej natomiast wynika z wieloletniej współpracy z kontrahentami i możliwością uzyskiwania materiałów po znacznie korzystniejszych cenach.

Wykonawca powziął wiadomość o czynnościach Zamawiającego, od których składa niniejsze odwołanie, w dniu 14 stycznia 2019 r. Termin złożenia odwołania upływa w dniu 24 stycznia 2019 r., stąd też niniejsze odwołanie zostało wniesione w terminie.

W wyniku naruszenia przez zamawiającego przepisów ustawy interes wnoszącego w uzyskaniu zamówienia doznał lub może doznać uszczerbku, gdyż odwołujący posiada interes w uzyskaniu zamówienia oraz może ponieść szkodę.

W dniu 14 stycznia 2019 r. odwołujący otrzymał od zamawiającego zawiadomienie, z którego treści wynikało, że Zamawiający - Zarząd Dróg Miejskich w Legnicy (ul Wojska Polskiego 10, 59 - 220 LEGNICA) działając na podstawie art 92 ust 1 pkt 3, w związku z zaistnieniem przesłanki określonej w art. 89 ust. 1 pkt 4 oraz w art. 90 ust. 3 ustawy z dnia 29 stycznia 2004 K - Prawo zamówień publicznych (Dz. U. z 2015 r. poz. 2164 z późn. zm. - dalej ustawa P.Z.P.), że oferta odwołującego - Konsorcjum Firm tj. Przedsiębiorstwa Usługowo - Produkcyjnego i Handlowego „COM — D” Sp. z o.o. z/s w Jaworze oraz Firmy Handlowo - Usługowej P. W. - została odrzucona z powodu rażąco niskiej ceny.

W treści uzasadnienia informacji o odrzuceniu oferty z dnia 14 stycznia 2019 r., zamawiający wskazał, że dokonana ocena wyjaśnień wraz ze złożonymi dowodami potwierdza, że oferta zawiera rażąco niską cenę do przedmiotu zamówienia.

Faktyczne i prawne uzasadnienie wniesienia odwołania.

ZARZUT AD. I

Przed wszystkim należy zauważyć, iż w orzecznictwie i literaturze podkreśla się, że pojęcie ceny „rażąco niskiej” jest nieostre bez względu na zastosowanie pomocniczo wykładni tego pojęcia przy użyciu słownika języka polskiego PWN dlatego też analiza konkretnego przypadku i decyzja o wszczęciu postępowania wyjaśniającego, o którym mowa w art. 90 ustawy P.Z.P. winna zostać oparta na innych przesłankach takich jak chociażby odbiegania całkowitej ceny od cen obowiązujących na danym rynku w taki sposób, że nie ma możliwości realizacji zamówienia przy założeniu osiągnięcia zysku bądź zaoferowanie ceny, której realizacja nie pozwala na utrzymanie rentowności wykonawcy na tym zadaniu przy czym każdy przypadek ze względu na wartość zamówienia należy traktować indywidualnie.

Należy zauważyć, iż odwołujący w piśmie z dnia 27 grudnia 2018 r. wyjaśnił oraz powołał się na dowody stanowiące o fakcie, że przedstawiona przez niego w ofercie cena nie może zostać uznana za rażąco niską. Wskazać należy, iż Odwołujący skalkulował swoją cenę na podstawie wymagań jakie zamawiający zawarł w SIWZ. Z racji ryczałtowego wynagrodzenia za wykonanie przedmiotu zamówienia zamawiający nie wymagał, aby oferenci przedstawili szczegółowej kalkulacji kosztów wykonania zadania, wobec czego w odpowiedni sposób Odwołujący skalkulował cenę w oparciu o własne wyliczenia, cenniki zakładowe i oferty handlowe partnerów biznesowych, z którymi współpracuje.

Odwolujący informuje, że Zamawiający wezwał Odwołującego do wyjaśnienia zaoferowanej ceny w punktach, wymieniając o którą pozycję cenotwórczą pyta, odnośnie ryczałtu na zmiatanie. W odpowiedzi Odwołujący tabelarycznie przedstawił wyjaśnienia na wszystkie zadane pytania przez Zamawiającego, dodatkowo pokazując zużycie wody i inne nieprzewidziane wydatki, o które nie pytał Zamawiający.

W wyjaśnieniu odnośnie opróżniania koszy Odwołujący również odpowiedział na wszystkie zadane pytania przez Zamawiającego, dodatkowo w kalkulacji uwzględnił jednego pracownika plus nieprzewidziane koszty. (Wyjaśnienie w załączniku nr 7 do niniejszego odwołania).

Zamawiający nie zakwestionował wyjaśnień, jedynie powziął wątpliwości co do kosztów składowania odpadów (zmiotek).

Odwolujący wyliczył koszty zagospodarowania odpadów biorąc pod uwagę faktycznie poniesione koszty na podstawie faktur za zagospodarowanie tych odpadów, co potwierdzają załączone do odwołania faktury za rok 2018.

Odnosnie opróżniania koszy Zamawiający pisze, że należy uwzględnić koszty opłaty za składowanie, gdzie w wyjaśnieniach w tabeli Odwołujący przedstawia faktycznie poniesione koszty składowania odpadów 5,2 Mg x 340 zł wartość miesięczna 1768 zł. Zamawiający ewidentnie przeoczył tą pozycję. (Wyjaśnienie w załączniku nr 7 do niniejszego odwołania).

Należy zauważyć, iż przyjęta przez Zamawiającego metodyka dotycząca kalkulacji za składowanie odpadów jest z góry błędna, ponieważ uwzględnia jedynie cennik z trzech składowisk R1P0KÓW podczas gdy Odwołujący posiada możliwość zagospodarowania odpadów w innych legalnych instalacjach zagospodarowania odpadów.

Nadto w złożonych wyjaśnieniach Odwołujący uwzględnił zysk, który stanowi 10 % wartości złożonej oferty. Co więcej przyjął nieprzewidziane wydatki jak również wodę, która notabene nie została ujęta w piśmie Zamawiającego z dnia 19 grudnia 2018 r. oraz dodatkowo uwzględniono koszt pracownika a także nieprzewidziane koszty. Natomiast cena za polewaczkę została wyjaśniona w piśmie, czego Zamawiający nie zakwestionował, a cena wynajmu polewaczki nie miała wpływu na końcową cenę oferty. Ponadto Zamawiający nie podał szacowanej ilości godzin pracy polewaczki.

W związku z powyższym na podstawie złożonych wyjaśnień przyjąć należy, iż twierdzenie Zamawiającego, że zaofiarowana przez Odwołującego cena jest ceną rażąco niską nosi znamiona dowolności.

Poza wszystkim, już tylko na marginesie wspomnieć należy, iż Odwołujący (Partner Konsorcjum) posiada bazę na terenie miasta Legnica, co w sposób bezpośredni przekłada się na znaczne obniżenie kosztów związanych z obsługą realizowanego zadania (transport sprzętu, pracowników, materiałów etc.) zwłaszcza biorąc pod uwagę fakt, iż Odwołujący od kilku lat zaopatruje się w paliwa w ilości hurtowej u tego samego dostawcy dzięki czemu posiada znacznie skuteczniejsze możliwości negocjowania cen paliw, a co za tym idzie uzyskuje ceny o wiele niższe aniżeli ceny rynkowe. Nie może ująć uwadze fakt, że Lider Konsorcjum posiada własną stację paliw na terenie natomiast uzupełnianie zbiorników paliwa w pojazdach odbywa się tylko i wyłącznie w tym miejscu, po cenach znacznie wyższych od cen rynkowych, chociaż w wyjaśnieniach przyjęto cenę ze stacji paliw.

Ponadto będący w dyspozycji Odwołującego sprzęt, który stanowi jego własność w znacznej części jest już amortyzowany i w cenie jednostkowej jego pracy uwzględniono przewidywane koszty utrzymania stanu sprawności technicznej. Nie bez znaczenia pozostaje również okoliczność, iż Odwołujący posiada nie tylko własny park maszynowy, ale także własny warsztat. Zatrudnia inżynierów oraz mechaników.

Reasumując stwierdzić należy, iż Odwołujący w sposób niebudzący wątpliwości udowodnił, że za oferowaną cenę może realizować zadanie „letniego utrzymania dróg”, uwzględniając wszystkie koszty, o które pytał Zamawiający wraz z kosztami ogólnozakładowymi, uwzględniając inne koszty, o które nie pytał Zamawiający i osiągając przyzwoity zysk.

Biorąc pod uwagę postępowania Zamawiającego i podejmowane przez niego działania ewidentnie świadczą o nieuzasadnionej i niezrozumiałej chęci wyeliminowania Odwołującego z niniejszego postępowania.

Pomimo złożonych przez odwołującego obszernych wyjaśnień pismem z dnia 27/12/2018r. Zamawiający odrzucił ofertę Odwołującego uzasadniając, że oferta zawiera rażąco niską cenę.

Zgodnie z orzecznictwem Krajowej Izby Odwoławczej „Jeśli zamawiający powziął wątpliwości co do prawidłowości obliczenia zysku, to zamiast odrzucać ofertę odwołującego, mógł i powinien był wystąpić o dodatkowe wyjaśnienia. Krajowa Izba Odwoławcza w orzeczeniach wydawanych w sprawach o sygn. akt: KIO 2224/14 oraz KIO 2228/14 niejednokrotnie wyrażała pogląd, że jest dopuszczalne uzyskanie przez zamawiającego dodatkowych informacji w granicach zakreślonych wyjaśnieniami udzielonymi w wyniku wezwania. Przenosząc powyższe rozważania na grunt niniejszej sprawy - nawet gdyby przyjąć, że wyjaśnienia odwołującego z dnia 27 grudnia 2018 r. należało doprecyzować - Zamawiający winien uzyskać od Odwołującego dodatkowe wyjaśnienia. Należy bowiem pamiętać, iż treść art. 90 ust 1 ustawy P.Z.P. nie reguluje kwestii, czy wezwanie do wyjaśnienia rażąco niskiej ceny może być wystosowane tylko jednokrotnie, czy też wielokrotnie ani nie wskazuje kryteriów, jakimi powinien posłużyć się zamawiający, jeśli decyduje się na wystosowanie kolejnego wezwania. Przepis ten nie limituje liczby wezwań zamawiającego do udzielania przez wykonawcę wyjaśnień dotyczących elementów oferty mających wpływ na wysokość ceny. Można z tego wnioskować, że wystąpienie o ponowne wyjaśnienia konkretyzujące jest możliwe, a nawet konieczne w świetle prawa. W piśmiennictwie przyjmuje się, że jeżeli wyjaśnienia są wyczerpujące, ale należałoby je doprecyzować, to należy kontynuować procedurę przedstawiania wyjaśnień i dowodów, a kiedy one nie wystarczą, należy poprosić wykonawcę o wyjaśnienie wątpliwości.

W toku oceny wyjaśnień zamawiający musi bowiem brać pod uwagę nie tylko czynniki wymienione w art. 90 ust. 2 ustawy P.Z.P., ale również wszystkie inne czynniki wpływające na wysokość oferty, które wskaże wykonawca. Dochodzi wówczas do uruchomienia procedury, której celem jest usunięcie wszelkich wątpliwości, jakie mogły powstać w odczuciu zamawiającego co do proponowanej ceny zamówienia. W tym celu winien zwrócić się do wykonawcy o przedstawienie dokładnych wyjaśnień dotyczących uzasadnienia poziomu oferowanej ceny. W przedmiotowej sprawie Wykonawca, składając wyjaśnienia uzasadnił, jakie czynniki spowodowały obniżenie ceny oraz w jakim stopniu dzięki tym czynnikom cena została obniżona jednak pomimo tego zamawiający nie zażądał szczegółowych wyliczeń lub kalkulacji cenowych, przedstawiających sposób obliczenia zaproponowanej ceny ofertowej.

Możliwość wielokrotnego wzywania przez zamawiającego wykonawcy do udzielenia wyjaśnień w zakresie ustalenia, czy jego oferta zawiera rażąco niską cenę została uregulowana w przepisach ustawy P.Z.P. w sposób jednoznaczny - działania zamawiającego zmierzające do wyjaśnienia „rażąco niskiej ceny” nie mogą się ograniczać się do jednorazowej czynności, tj. jednokrotnego wezwania wykonawcy do złożenia wyjaśnień, w przypadku, gdy okoliczności przedstawione w już złożonych wyjaśnieniach wymagają w ocenie zamawiającego dalszego usuwania powstałych wątpliwości. Stanowisko to zostało potwierdzone wyrokiem Sądu Okręgowego w Warszawie z dnia 5 lipca 2007 r. (V Ca 2214/06), w którym stwierdził, że dla zakwalifikowania oferty do dalszego postępowania nie jest wystarczające złożenie jakichkolwiek wyjaśnień, lecz wyjaśnień odpowiednio umotywowanych przekonujących, że zaproponowana cena nie zawiera rażąco niskiej ceny. W podobnym tonie wypowiedział się także Sąd Okręgowy w Olsztynie, który w wyroku z dnia 9 grudnia 2010 r. (V Ga 122/10), jednoznacznie wskazał, iż brak jest przeszkód do ponownego wzywania wykonawcy do złożenia wyjaśnień, jeżeli pierwotne wyjaśnienia zamawiającego nie rozwiąły wątpliwości zamawiającego związanych z „rażąco niską ceną

ZARZUT AD. II

W dalszej części rozważań trzeba podkreślić, iż w toku postępowania zamawiający naruszył art. 92 ust. 1 pkt 3 ustawy P.Z.P. w związku z art. 7 ust. 1 ustawy P.Z.P. poprzez przedstawienie uzasadnienia faktycznego i prawnego odrzucenia oferty Odwołującego w sposób niepełny, niejasny i budzący wątpliwości interpretacyjne, a w konsekwencji prowadzenie postępowania o udzielenie zamówienia w sposób niezapewniający zachowania uczciwej konkurencji oraz równego traktowania wykonawców przejawiające się w odrzuceniu oferty Odwołującego z powodu rażąco niskiej ceny oferty podczas gdy odwołujący posiada realną możliwość realizacji zadania za kwotę przedstawioną w ofercie.

Zamawiający dokonał odrzucenia oferty Odwołującego z powodu rażąco niskiej ceny, pomimo braku podstaw faktycznych i prawnych dla dokonania tej czynności. Godzi się wskazać, że Zamawiający dokonał błędnych ustaleń, które skutkowały zupełnie dowolnym uznaniem, że oferta Odwołującego zawiera rażąco niską cenę w sytuacji, gdy prawidłowa analiza dokumentów znajdujących się w aktach niniejszego postępowania jednoznacznie wskazuje, że zaofiarowana przez Odwołującego cena uwzględnia wszelkie koszty związane z realizacją zadania jak również przyzwoity zysk odwołującego.

PODSUMOWANIE

Mając na uwadze w/w okoliczności stwierdzić należy, iż istnieją uzasadnione wątpliwości co do odrzucenia jego oferty na podstawie tezy postawionej przez Zamawiającego. Należy zauważyć, iż oferta odwołującego, biorąc pod uwagę w/w argumenty, nie powinna zostać odrzucona na podstawie art. 89 ust. 1 pkt 4. Wskazać należy, iż prawidłowa analiza dokumentów znajdujących się w aktach sprawy jednoznacznie prowadzi do wniosku, że odwołujący spełnił warunki udziału w postępowaniu natomiast jego oferta powinna zostać wybrana jako najkorzystniejsza, a zarazem nie podlegająca odrzuceniu. Jak wynika z podniesionych powyżej zarzutów i przytoczonej argumentacji, Zamawiający

dokonał odrzucenia oferty Odwołującego z naruszeniem przepisów ustawy P. Z. P. Reasumując, jako argument dodatkowy, przemawiający za akceptacją oferty Odwołującego, można przyjąć fakt, że oferuje on usługę (w swojej ofercie handlowej) odpowiadającą oczekiwaniom Zamawiającego. Czynności (lub zaniechania) zamawiającego naruszają interes odwołującego polegający na odrzuceniu oferty odwołującego w konsekwencji nieuzyskaniu przedmiotowego zamówienia do realizacji. Interes ten doznał uszczerbku w wyniku naruszenia wyżej przytaczanych przepisów ustawy - Prawo zamówień publicznych, a tym samym zostały spełnione przesłanki art. 179 ust. 1 ustawy - Prawo zamówień publicznych.

Interes odwołującego we wniesieniu odwołania i określenie szkody, zgodnie z art. 179 ust. 1 PZP. :

Odwołujący posiada interes prawny we wniesieniu niniejszego odwołania, ponieważ w wyniku naruszenia przepisów Ustawy P. Z. P. Zamawiający pozbawił Odwołującego możliwości uzyskania przedmiotowego zamówienia, pomimo że oferta posiadała najniższą cenę, najkrótszy czas reakcji oraz najdłuższy termin płatności i w sytuacji, gdyby nie została odrzucona, winna zostać wybrana jako najkorzystniejsza. Niezależnie od powyższego Odwołujący wskazuje, że posiada interes w uzyskaniu zamówienia oraz może ponieść szkodę w wyniku naruszenia przez zamawiającego przepisów w zaskarżonym zakresie. W interesie każdego Wykonawcy jest, aby postępowanie o udzielenie zamówienia publicznego było prowadzone zgodnie z przepisami obowiązującego prawa. Odwołujący ma interes w złożeniu odwołania, ponieważ zaniechania i czynności Zamawiającego uniemożliwiają Odwołującemu uzyskanie przedmiotowego zamówienia. W wyniku naruszenia przez Zamawiającego w/w przepisów interes Odwołującego w uzyskaniu przedmiotowego zamówienia doznał uszczerbku, w związku z czym może on ponieść szkodę. Wskutek niezgodnych z prawem czynności Zamawiającego, w szczególności poprzez odrzucenie oferty Odwołującego został on pozbawiony możliwości pozyskania przedmiotowego zamówienia. Odwołujący pragnie wskazać, że gdyby Zamawiający nie dokonał odrzucenia przedmiotowej oferty uzyskałby on przedmiotowe zamówienie, ponieważ warunki zawarte w jego ofercie są znacznie korzystniejsze, aniżeli warunki przedstawione przez pozostałych wykonawców ubiegających się o realizację niniejszego zadania. Odwołujący ma zatem interes prawny we wniesieniu przedmiotowego odwołania. W przypadku oddalenia tego odwołania Odwołujący poniesie szkodę w postaci utraty możliwości uzyskania przedmiotowego zamówienia. Nie ulega zatem wątpliwości, że Odwołujący legitymuje się interesem prawnym we wniesieniu odwołania w niniejszej sprawie. Powyższe dowodzi naruszenia interesu w uzyskaniu zamówienia, co czyni zadość wymaganiom określonym w art. 179 ust. 1 ustawy P.Z.P. do wniesienia niniejszego odwołania.

Uzasadnienie terminu wniesienia odwołania.

Wiadomość o okolicznościach stanowiących podstawę złożenia odwołania, odwołujący powziął w dniu 14 stycznia 2019 r. tj. w dniu, w którym zamawiający przekazał odwołującemu informację o odrzuceniu oferty odwołującego. Jak wynika z podniesionych powyżej zarzutów i przytoczonej argumentacji, Zamawiający dokonał odrzucenia oferty z naruszeniem przepisów ustawy P. Z. P. W kwestii terminu na wniesienie odwołania Odwołujący pragnie wskazać, że zgodnie z art. 182 ust. 1 pkt. 1 ustawy P.Z.P., niniejsze Odwołanie zostaje wniesione przed upływem ustawowego terminu tj. przed upływem 10 dni od uzyskania informacji o wyborze najkorzystniejszej oferty. Z uwagi na fakt, iż czynność o wyborze najkorzystniejszej oferty została przekazana Odwołującemu w dniu 14 stycznia 2019 r. (kopia informacji o wyborze najkorzystniejszej oferty) termin 10- dniowy na złożenie odwołania został dochowany. Kopia odwołania została przekazana Zamawiającemu w dniu 22 stycznia 2019 r. z zachowaniem terminu, o którym mowa w art. 180 ust. 5 ustawy - Prawo zamówień publicznych. Odwołujący uścił wpis od niniejszego odwołania w wymaganej wysokości oraz przekazał kopię niniejszego odwołania wraz z załącznikami Zamawiającemu.

Krajowa Izba Odwoławcza, po przeprowadzeniu rozprawy w przedmiotowej sprawie, na podstawie zebranego materiału dowodowego, po zapoznaniu się z dokumentacją postępowania o udzielenie zamówienia publicznego, w tym w szczególności z postanowieniami ogłoszenia o zamówieniu, Specyfikacją Istotnych Warunków Zamówienia, ofertą złożoną w postępowaniu przez Odwołującego oraz korespondencją prowadzoną w toku postępowania pomiędzy Zamawiającym a wykonawcami ubiegającymi się o udzielenie zamówienia, jak również po zapoznaniu się z odwołaniem, po wysłuchaniu oświadczeń, jak też stanowisk stron złożonych ustnie do protokołu w toku rozprawy ustaliła i zważyła, co następuje.

W pierwszej kolejności Izba ustaliła, że nie została wypełniona żadna z przesłanek, o których stanowi art. 189 ust. 2 ustawy Pzp, skutkujących odrzuceniem odwołania.

Jednocześnie Izba stwierdziła, że Odwołującemu przysługiwało prawo do skorzystania ze środka ochrony prawnej, gdyż wypełniono materialnoprawną przesłankę interesu w uzyskaniu zamówienia, określoną w art. 179 ust. 1 ustawy Pzp kwalifikowaną możliwością poniesienia szkody przez Odwołującego będącej konsekwencją zaskarżonej w odwołaniu czynności. Wnoszący odwołanie złożył w przedmiotowym postępowaniu najkorzystniejszą ekonomicznie ofertę, która została odrzucona przez Zamawiającego. W przypadku zaś uwzględnienia odwołania ma on szansę na uzyskanie przedmiotowego zamówienia.

Izba dopuściła w niniejszej sprawie dowody z dokumentacji postępowania o zamówienie publiczne, nadesłanej przez Zamawiającego do akt sprawy w kopii potwierdzonej za zgodność z oryginałem, w tym w szczególności z treści ogłoszenia o zamówieniu, treści SIWZ, oferty złożonej w postępowaniu przez Odwołującego, jak również korespondencji prowadzonej pomiędzy Zamawiającym a wykonawcami ubiegającymi się o udzielenie Zamówienia publicznego.

Izba uwzględniła również złożone wraz z odwołaniem dowody w postaci faktur za usługę zagospodarowania odpadów w okresie od grudnia 2017 r. do listopada 2018 r. wystawione przez Eko Partner.

Biorąc pod uwagę zgromadzony w sprawie materiał dowodowy oraz zakres zarzutów podniesionych w odwołaniu Izba stwierdziła, że odwołanie zasługuje na uwzględnienie.

Krajowa Izba Odwoławcza ustaliła, co następuje.

W pierwszej kolejności Izba ustaliła, iż postępowanie jest prowadzone w trybie przetargu nieograniczonego o wartości powyżej kwot wskazanych w przepisach wykonawczych wydanych na podstawie art. 11 ust. 8 ustawy Pzp.

Przedmiotem zamówienia jest oczyszczanie miasta Legnicy.

Jak wskazał Zamawiający w treści SIWZ:

Rozdział VI. Dokumenty i załączniki jakie Wykonawca jest zobowiązany załączyć do oferty:

B. Zamawiający, zgodnie z art. 24aa ustawy PZP, przewiduje możliwość w pierwszej kolejności dokonania oceny ofert, a następnie zbadania czy Wykonawca, którego oferta została oceniona jako najkorzystniejsza nie podlega wykluczeniu

oraz spełnia warunki udziału w postępowaniu.

XI. Wymogi dotyczące oferty:

1. Każdy Wykonawca może złożyć jedną ofertę odpowiadającą treści specyfikacji istotnych warunków zamówienia.

2. Wypełniony formularz ofertowy – Rozdział Nr 1 SIWZ zawierający w szczególności: wskazanie oferowanego przedmiotu zamówienia, łączną cenę ofertową brutto, zobowiązanie dotyczące terminu realizacji zamówienia, warunków płatności, oświadczenie o okresie związania ofertą oraz o akceptacji wszystkich postanowień SIWZ i wzoru umowy bez zastrzeżeń.

Jak wynika z Załącznika nr 1 do SIWZ – zatytułowanego Przedmiot zamówienia – oczyszczanie miasta w okresie 01.01.2019 r. – 31.12.2020 r. wykonawcy mieli wskazać miesięczne ryczałtowe lub jednostkowe stawki wynagrodzenia (bez szczegółowego rozbicia ceny na elementy kosztotwórcze). Podstawą wyliczenia wynagrodzenia był kosztorys zawierający długości pasów ulic wraz z częstotliwością zamykania i czasookresami dla tej czynności, zaś w przypadku opróżniania koszy z odpadków podstawą była ilość koszy wraz z częstotliwością ich opróżniania.

W przedmiotowym postępowaniu złożono 3 ofert, których ceny przedstawiają się następująco:

- 1) EPA Green Sp. z o.o., ul. Aleksandra Ostrowskiego 7, 53-238 Wrocław- cena 4 022 212,80 zł brutto,
- 2) Konsorcjum firm: Lider Przedsiębiorstwo Usługowo — Produkcyjne i Handlowe „COM-D” Sp. z o.o ul. Poniatowskiego 25, 59-400 Jawor Partner: Pan P. W. Firma Handlowo Usługowa P. W. ul. Chocianowska 17B, 59-220 Legnica - cena 1 463 845,44 zł brutto,
- 3) Legnickie Przedsiębiorstwo Gospodarki Komunalnej Sp. z o.o ul. Nowodworska 60, 59-220 Legnica — cena 2 611 695,36 zł brutto,

Zamawiający pismem z dnia 19.12.2018 r. zwrócił się do Odwołującego, działając na podstawie art. 90 ust. 1a ustawy Pzp, o złożenie wyjaśnień w zakresie ceny wskazując, co następuje.

Zgodnie z art. 90 ust. 1a ustawy Pzp. Dz.U. z 2018r poz. 1986 który obliguje nas do wystąpienia z zapytaniem o rażąco niską cenę zwracamy się o wyjaśnienia w związku z :

1. Ceny całkowite złożonych ofert:

- 1) EPA Green Sp. z o.o., ul. Aleksandra Ostrowskiego 7, 53-238 Wrocław- cena 4 022 212,80 zł brutto,
- 2) Konsorcjum firm: Lider Przedsiębiorstwo Usługowo — Produkcyjne i Handlowe „COM-D” Sp. z o.o ul. Poniatowskiego 25, 59-400 Jawor Partner: Pan P. W. Firma Handlowo Usługowa P. W. ul. Chocianowska 17B, 59-220 Legnica - cena 1 463 845,44 zł brutto,
- 3) Legnickie Przedsiębiorstwo Gospodarki Komunalnej Sp. z o.o ul. Nowodworska 60, 59-220 Legnica — cena 2 611 695,36 zł brutto,

Wartość zamówienia na usługi rozliczane ryczałtami miesięcznymi tj. mechaniczne zamykanie ulic i opróżnianie koszy na odpadki, to wartość c.a 2.400.000,00 zł brutto wg cen z ostatnich 3 lat - za okres 24 miesięcy.

Zwracamy uwagę na różnice w poziomie cen, które w Waszej ofercie odbiegają o 54% od średniej arytmetycznej złożonych ofert.

Ponadto, zgodnie z wyrokiem KIO z dnia 18 października 2016 r. (sygn. akt KIO 1855/16): „choć co do zasady pojęcie rażąco niskiej ceny odnosi się do całości przedmiotu zamówienia, to w uzasadnionych przypadkach obowiązek badania oferty w trybie art. 90 ust 1 Pzp. może dotyczyć poszczególnych cen jednostkowych, jako elementów, które będą służyć do ustalenia ostatecznej ceny. Zamawiający powinien zbadać ceny kosztorysowe wyraźnie niższe od cen rynkowych, aby wyeliminować możliwość zaoferowania cen nierealnych, które mogą wpływać negatywnie na ostateczną realizację przedmiotu zamówienia”.

Prosimy zatem o przedstawienie kalkulacji na pozycje kosztorysowe jako ryczałty miesięczne, które stanowią o cenie całego zamówienia:

Pkt II. Kosztorysu: mechaniczne zamykanie ulic wg harmonogramu - ryczałt miesięczny / razem poz. II pkt. 1-4 Wasza cena ; 40.010,18 zł/ m-c brutto, Prosimy:

- wskazać stawkę godzinową kierowcy, ilość planowanych roboczogodzin w ciągu 1-go miesiąca. Koszty pracy, których wartość przyjęta do ustalenia ceny nie może być niższa od minimalnego wynagrodzenia za pracę ustalonego na podstawie art. 2 ust. 3-5 ustawy z dnia 10 października 2002 r. o minimalnym wynagrodzeniu za pracę.

koszty pracy zamykarki, ilość godzin pracy w ciągu 1 m-ca, ilość przejechanych km, koszty zużycia paliw oraz smarów i olejów w ciągu jednego miesiąca:

zużycie paliw określonych według dokumentacji techniczno-ruchowej maszyny lub posiadanych własnych norm dla danego rodzaju sprzętu,

zużycie olejów i smarów obliczone zgodnie z normami w dokumentacji techniczno - ruchowej maszyny, wg aktualnych cen paliw, olejów,

- opłata za składowanie odpadów na wysypisko miejskie ilość w jednym miesiącu przyjąć z 201 8r. średnią z 11 m-cy. - amortyzacja sprzętu,

- koszty naprawy zamykarki i obsługi technicznej obejmującej naprawy główne, naprawy bieżące, naprawy awaryjne oraz okresowe przeglądy techniczne i konserwacje, - koszty wymiany szczotek — podać koszt zakupu szczotek oraz czas ich zużycia,

- ubezpieczenia OC i AC,

- koszty pośrednie,

- planowany zysk,

- podatek od środka transportu,

Pkt IV. Kosztorysu

e) Opróżnianie koszy na odpadki - dwa razy w tygodniu. Wasza cena — ryczałt miesięczny 13.338 zł/1 m-c brutto Prosimy przedstawić kalkulację:

wskazać stawkę godzinową kierowcy, ilość planowanych roboczogodzin w ciągu 1-ego miesiąca. Koszty pracy, których wartość przyjęta do ustalenia ceny nie może być niższa od minimalnego wynagrodzenia za pracę ustalonego na podstawie art. 2 ust. 3-5 ustawy z dnia 10 października 2002 r. o minimalnym wynagrodzeniu za pracę. - koszty pracy samochodu do wywozu odpadów, ilość godzin pracy, ilość przejechanych km za 1 m-c, wskazać jaki samochód będzie używany do wykonania powyższych prac, - koszty zużycia paliw oraz smarów i olejów w ciągu jednego miesiąca:

- zużycie paliw określonych według dokumentacji techniczno-ruchowej samochodu lub posiadanych własnych norm dla danego rodzaju sprzętu,

zużycie olejów i smarów obliczone zgodnie z normami w dokumentacji techniczno-ruchowej samochodu, wg aktualnych cen paliw, olejów,

- opłata za składanie odpadów na wysypisko miejskie ilość w jednym miesiącu przyjąć z 2018r. średnią z II m-cy.
- amortyzacja sprzętu,
- koszty naprawy samochodu i obsługi technicznej obejmującej naprawy główne, naprawy bieżące, naprawy awaryjne oraz okresowe przeglądy techniczne i konserwacje,
- ubezpieczenia OC i AC,
- koszty pośrednie,
- planowany zysk,
- podatek od środka transportu,

Zamawiający wnosi także o przedstawienie kalkulacji na pracę polewaczki do zmywania ulic - skąd taka cena? Pkt III. kosztorysu

3. Cena pracy polewaczki do zmywania ulic 1.500 zł/godz. brutto

Przedstawić kalkulację na pracę polewaczki w ciągu 1 godz. w zł brutto.

- wskazać stawkę godzinową kierowcy. Koszty pracy, których wartość przyjęta do ustalenia ceny nie może być niższa od minimalnego wynagrodzenia za pracę ustalonego na podstawie art. 2 ust. 3-5 ustawy z dnia 10 października 2002 r. o minimalnym wynagrodzeniu za pracę.

- koszty zużycia paliw oraz smarów i olejów w ciągu jednej godz. pracy:

zużycie paliw określonych według dokumentacji techniczno-ruchowej maszyny lub posiadanych własnych norm dla danego rodzaju sprzętu,

zużycie olejów i smarów obliczone zgodnie z normami w dokumentacji techniczno-ruchowej maszyny, wg aktualnych cen paliw, olejów,

- amortyzacja sprzętu,

- koszty naprawy samochodu i obsługi technicznej obejmującej naprawy główne, naprawy bieżące, naprawy awaryjne oraz okresowe przeglądy techniczne i konserwacje, - koszty pośrednie,

- zysk,

Prosimy w terminie do 27.12.2018r do godz. 12.00 złożyć wyjaśnienia.

Jednocześnie przypominamy, że zgodnie z art. 90 ust. 2 obowiązek wykazania, że oferta nie zawiera rażąco niskiej ceny lub kosztu spoczywa na wykonawcy

Odwolujący pismem z dnia 27.12.2018 r. złożył wyjaśnienia odnosząc się do treści powyższego wezwania Zamawiającego.

Przedsiębiorstwo Usługowo Produkcyjne i Handlowe „COM-D” Sp. z o. o. z siedzibą w Jaworze (59-400) przy ul. Poniatowskiego 25 w odpowiedzi na wezwanie z dnia 19/12/2018 r. nr DT-P/470/2760/2018 oświadcza, że cena zaoferowana w przedmiotowym postępowaniu nie jest ceną rażąco niską w rozumieniu ustawy PZP.

Wyjaśnienie : PKT II. Kosztorysu: mechaniczne zamiatanie ulic wg harmonogramu:

W tabelach Odwołujący przedstawił w sposób szczegółowy wszystkie żądane przez Zamawiającego składniki kosztotwórcze wraz z ich podsumowanie.

Wyjaśnienie : PKT III. Kosztorysu: Cena pracy polewaczki do zmywania ulic:

W 2018 r. polewaczka nie przepracowała ani 1 godziny. Poniesione koszty związane z utrzymaniem polewaczki (ubezpieczenie przegląd techniczny, utrzymanie sprawności technicznej) wyniosły około 2500 zł / rok. Z doświadczenia poprzednich lat wiemy, że mogą nie wystąpić takie prace lub w znikomej ilości, dlatego cena wynajmu jest dosyć wysoka. Gdyby zakres prac był określony ilością godzin, cena wynajmu byłaby skalkulowana do przewidywanych kosztów.

Odwolujący wskazał ponadto, że istotne jest to, że świadczymy przedmiotową usługę w trybie ciągłym od 2015/12/07 na podstawie umowy nr 18/2015 zawartej z Gminą Legnica — Zarządem Dróg Miejskich w Legnicy dzięki czemu szczegółowo dokonana analiza kosztów oraz zdobyte doświadczenie umożliwiło nam znaczną optymalizację technologii wykonawstwa usługi. Partner konsorcjum jako lokalna firma posiadająca siedzibę na terenie Miasta Legnicy oraz zatrudniająca mieszkańców Gminy Legnica zminimalizowała koszt wykonania usługi poprzez brak nakładów finansowych na koszty dojazdów pracowników bezpośrednio zaangażowanych do realizacji zadania.

Domniemanie Zamawiającego, że złożona oferta jest rażąco niska cenowo i żądanie wezwaniem nie zasługuje na uwzględnienie.

Specjalizujemy się w realizacji przedmiotowych zamówień nie tylko na terenie Gminy Legnica i potrafimy efektywnie wykorzystać posiadane zasoby kadrowe, sprzętowe oraz posiada wiedzę i zdolności organizacyjne. Istotnym faktem jest również to, iż wykonawca podczas sporządzania oferty skalkulował ceny na możliwie niskim poziomie z uwagi na zakup paliwa w cenach hurtowych.

Wykonawca nadmienia, że jak każdy podmiot, który funkcjonuje od wielu lat na rynku w ramach swojej działalności prowadzi negocjacje z różnymi podmiotami i uzyskuje dzięki ich skuteczności ceny paliw, olejów oraz innych składowych znacznie niższe od cen rynkowych łącznie z ich zaopatrzeniem. Takie postępowanie producentów potwierdza zdobycie ich pełnego zaufania i jest potwierdzeniem naszej wiarygodności poprzez wywiązywanie się z zobowiązań umownych oraz renomy jaką posiadamy na rynku. Utrzymujemy stałą współpracę z firmami dostarczającymi materiały konieczne do realizacji zadań (uzyskane znaczne opusty do cen cennikowych materiałów, oraz znaczne wydłużenie terminów płatności skutkują obniżeniem kosztów finansowych pozwalającym obniżyć znacznie ceny oferowane Zamawiającym).

Mając powyższe na uwadze złożoną przez nas ofertę uznać należy, za wiarygodną, a zaoferowaną cenę za realną i nie odbiegającą od cen oferowanych oraz aktualnie występujących na rynku.

Wykonawca z całą stanowczością stwierdza, że jest gotów w pełni do zrealizowania przedmiotowego zadania za cenę oferowaną w postępowaniu.

Wykonawca potwierdza z całkowitą pewnością, iż zaoferowana w ofercie cena nie jest w żadnym wypadku ceną rażąco niską i w całości pokrywa wszystkie koszty niezbędne do wykonania przedmiotowego zadania zgodnie z zapisami SIWZ i oczekiwaniami Zamawiającego co do jakości wykonania i zakresu rzeczowego zadania inwestycyjnego, objętego niniejszym zamówieniem oraz zapewni wykonawcy przewidywany zysk.

Do wyjaśnień Odwołujący dołączył dokument zatytułowany "Informacja handlowa - wynajem" zamiatarki drogowej Jonhston VT 651 rok prod. 2013 - Euro 5 wraz z jej danymi technicznymi i specyfikacją techniczną z cena wynajmu na poziomie 5000 zł netto/miesiąc przy wynajmie min. 12 miesięcy oraz 4000 zł netto/miesiąc przy wynajmie na minimum 24 miesiące.

Zamawiający pismem z dnia 14.01.2019 r. poinformował Odwołującego o odrzuceniu jego oferty wskazując następującą argumentację:

Po przeanalizowaniu Waszego pisma L.dz. 1829/18 złożonego na wezwanie o rażąco niską cenę na niniejsze postępowanie, postanawiam odrzucić Waszą ofertę z niniejszego postępowania.

1. Uzasadnienie prawne art. 89 ust. 1 pkt 4 ustawy PZP (Dz.U. z 2018r poz. 1986) — oferta zawiera rażąco niską cenę w stosunku do przedmiotu zamówienia i art. 90 ust. 3 ustawy Pzp (Dz.U. z 2018r poz. 1986)- dokonana ocena wyjaśnień wraz ze złożonymi dowodami potwierdza, że oferta zawiera rażąco niską cenę do przedmiotu zamówienia.

2. Uzasadnienie faktyczne:

Na podstawie art. 90 ust. 1a ustawy Pzp, zwróciliśmy się pismem z dnia 19.12.2018r o wyjaśnienie i analizę cen Waszej oferty.

Ceny całkowite złożonych ofert przedstawiają się następująco:

- 1) EPA Green Sp. z o.o , ul. Aleksandra Ostrowskiego 7, 53-238 Wrocław- cena 4 022 212,80 zł brutto,
- 2) Konsorcjum firm: Lider Przedsiębiorstwo Usługowo — Produkcyjne i Handlowe „COM-D” Sp. z o.o ul. Poniatowskiego 25, 59-400 Jawor Partner: Pan P. W. Firma Handlowo Usługowa P. W. ul. Chocianowska 17B, 59-220 Legnica - cena 1 463 845,44 zł brutto,
- 3) Legnickie Przedsiębiorstwo Gospodarki Komunalnej Sp. z o.o ul. Nowodworska 60, 59-220 Legnica — cena 2 611 695,36 zł brutto,

Średnia arytmetyczna złożonych ofert to 2 699 251,20 zł zatem cena Waszej oferty jest o niższa od średniej arytmetycznej złożonych ofert.

Wartość zamówienia powiększona o należyty podatek od towarów i usług to 3 597 896,31 zł, zatem różnica cen Waszej oferty jest niższa o 59 % od wartości zamówienia.

Kwota na sfinansowanie zadania 4 200 000,00 zł brutto, wskazana przy otwarciu ofert w postępowaniu, stanowi zabezpieczenie finansowe w przypadku zwiększenia ilości prac na nieprzewidywalne warunki pogodowe i zmiany cen wynikających z przepisów ustawowych.

Prosiłmy o przedstawienie kalkulacji na pozycje kosztorysowe określone jako ryczałty miesięczne, które stanowią o cenie niemal całego zamówienia:

I. Jak wskazał Zamawiający w uzasadnieniu podstawową ceną, która najbardziej generuje koszty to mechaniczne zamiatanie ulic - ryczałt miesięczny.

Wasza cena na 2019 r. wg kosztorysu ofertowego to 40 010,18 zł/ miesiąc brutto, Porównaliśmy ceny, które obowiązywały w 2016, 2017, 2018r wg umowy zawartej z Waszą firmą - to 75 357,45 zł miesięcznie brutto.

Porównanie złożonych ofert w niniejszym

- 1) EPA Green Sp. z o.o - mechaniczne zamiatanie ulic: 94 307,36 zł brutto miesięcznie,
- 2) Konsorcjum firm: Lider Przedsiębiorstwo Usługowo --- Produkcyjne i Handlowe „COM-D”- mechaniczne zamiatanie ulic - 40

zł brutto miesięcznie,

- 3) Legnickie Przedsiębiorstwo Gospodarki Komunalnej Sp. z o.o - mechaniczne zamiatanie ulic — 60 502,52 zł brutto miesięcznie.

W przedstawionej kalkulacji są również koszty opłaty za składowanie odpadów na wysypisko miejskie za ilość w jednym miesiącu .

Podane koszty odpadów z mechanicznego oczyszczania ulic (kod 20 03 03) są stawką nierealną Kwota 38 zł/Mg jest wysoko zaniżona w stosunku do cen obowiązujących u wszystkich dostępnych składowiskach w okolicy. Poniżej przedstawiamy cennik przykładowych składowisk.

- RIPOK Legnica: kod 20 03 03 – 180,00zł netto za tonę,

-MUNDO Lubin : kod 20 03 03 - 174,70 zł netto za tonę + opłata środowiskowa 94,70 zł

- PGM Polkowice: kod 20 03 03 - 242,00 zł za tonę.

Po analizie cen rynkowych, w tym kosztów paliwa, stawki roboczogodziny, kosztów ubezpieczenia i opłat ZUS i przy założeniu, że zakres świadczonych usług jest analogiczny we wszystkich latach, nie możemy przyjąć Waszej ceny ryczałtowej miesięcznej za mechaniczne czyszczenie ulic, jako wiarygodnej.

Przedstawione przez Waszą firmę kalkulacje szczegółowe również nie możemy uznać za wiarygodne.

Koszty za składowanie: przyjęto średnią z 11 m-cy 2018 r, 48,11 Mg * 38 zł daje kwotę 1.828,18 zł.

WG stawek MUNDO Lubin: kod 20 03 03 - 174,70 zł netto za tonę (bez opłaty środowiskowej) to: 48,11 Mg * 174,70 zł daje kwotę 8.404,82 zł.

Różnica z powyższej kalkulacji to kwota: 6.576,64 zł którą należy dodać do Waszego ryczałtu netto: (37.046,46 zł - 1.828,01zł) + 6.576,64 zł = 41.795,09 zł netto + VAT daje kwotę — 45.138,70 zł / m-c.

2. Drugą ceną, która również ma znaczny wpływ na wartość oferty, to opróżnianie koszy na odpadki - dwa razy w tygodniu , Wasza cena ryczałt 13.338 zł m-c brutto

Porównaliśmy ceny, które obowiązywały w 2016, 2017, 2018r wg umowy zawartej z Waszą firmą - to 23 400,00; zł miesięcznie brutto.

Stawki pozostałych Wykonawców:

- 1)EPA Green Sp. z o.o — 52 416,00 zł brutto za miesiąc,

- 2)Legnickie Przedsiębiorstwo Gospodarki Komunalnej Sp. z o.o — 28 548,00 zł brutto za miesiąc

Przy kalkulacji tej stawki należało również uwzględnić koszty opłaty za składowanie odpadów na wysypisko miejskie.

Wobec powyższych faktów, Wasze ceny są jednoznacznie nierealne i nie gwarantują należytego wykonanie zamówienia,

Wnosiliśmy także o przedstawienie kalkulacji na pracę polewaczki do zmywania ulic, ponieważ podana cena w ofercie tj.

• 1.500 zł/godz. brutto, według

O naszej wiedzy, jest „rażąco wysoka” i jest zawyżona prawie pięciokrotnie od cen rynkowych. Argument, że w poprzednich latach nie była zbyt często używana i stąd ta cena, nie może być wyjaśnieniem zawyżonej ceny. Zlecenie polewania ulic wg. waszej stawki byłoby nieracjonalne. Tym samym cena ta eliminuje polewanie ulic z zamówienia. Przy obecnych temperaturach panujących w okresie letnim, jest to nie do przyjęcia.

Cena całkowita oferty ma być tak skalkulowana, aby pokryć koszty

Wykonawcy oraz przynieść Wykonawcy przyzwoity zysk. Jednocześnie ma umożliwić Zamawiającemu zrealizowanie zadań wynikających z umowy.

W ofercie Wykonawcy nie widzimy takiej możliwości. Jest ona zdecydowanie dumpingowa i stanowi przykład nieuczciwej konkurencji.

Na powyższą czynności Odwołujący wniósł odwołanie.

Krajowa Izba Odwoławcza zważyła, co następuje.

Izba, uwzględniając zgromadzony w sprawie materiał dowodowy, w szczególności powyższe ustalenia oraz zakres zarzutów podniesionych w odwołaniu, doszła do przekonania, iż sformułowane przez Odwołującego zarzuty znajdują częściowe oparcie w ustalonym stanie faktycznym i prawnym, a tym samym rozpoznawane odwołanie zasługuje na uwzględnienie.

W zakresie zarzutu naruszenia art. 89 ust. 1 pkt 4 i art. 90 ust. 3 ustawy Pzp Izba uznała, że zasługują one na uwzględnienie, gdyż czynność odrzucenia oferty Odwołującego była czynnością przedwczesną (pozbawiona podstaw na moment rozpoznania odwołania).

W pierwszej kolejności należy podnieść, że celem postępowania odwoławczego jest kontrola (weryfikacja) prawidłowości dokonanych przez podmiot zamawiający czynności w toku postępowania o udzielenie zamówienia publicznego przy uwzględnieniu wskazanych w treści ośrodka ochrony prawnej wzorców kontroli (zarzutów odwołania). Jest to skutkiem zasady, że to podmiot zamawiający jest gospodarzem postępowania o udzielenie zamówienia publicznego i jego prowadzenie, co do zasady należy do jego praw i obowiązków. W przypadku stwierdzenia nieprawidłowości w trakcie prowadzenia tego postępowania, Izba przy uwzględnieniu adekwatnych do zaskarżonych czynności wzorców kontroli i odpowiednio dobranych przez odwołującego lub skorygowanych przez Izbę żądań, nakazuje zamawiającemu ich powtórzenie z uwzględnieniem wytycznych zawartych w uzasadnieniu prawnym i faktycznym.

Izba wskazuje, że nie jest ona organem prowadzącym postępowanie o udzielenie zamówienia publicznego ani tym bardziej organem zastępującym podmiot zamawiającym w procesie udzielania zamówienia publicznego. Izba jest organem uprawnionym jedynie do oceny prawidłowości prowadzonej przez podmiot zamawiający procedury. Izba również, wbrew powszechnemu wrażeniu, nie dokonuje oceny materialnej treści oferty, czy też badania czy zawiera ona rażąco niską cenę. W ramach kognicji Izby mieści się bowiem ocena czynności podmiotu zamawiającego w kontekście przywołanych w ramach rozpoznawanego środka ochrony prawnej okoliczności faktycznych i adekwatnych do zaskarżonej czynności przepisów (stanowiących wzorce kontroli dla czynności podejmowanych w toku procedury). Swego rodzaju „kontrola” czynności podjętych przez podmiot zamawiający następują tylko i wyłącznie w granicach zakreślonych zarzutami środka odwoławczego i składanymi na ich potwierdzenie dowodami.

Zatem w okolicznościach faktycznych stwierdzonych w ramach rozpoznania niniejszego odwołania Izba uznała, że Zamawiający nie uzyskał na etapie postępowania o udzielenie zamówienia publicznego wystarczających informacji mogących skutkować przyjęciem, że Odwołujący, miał prawo ustalić wynagrodzenie na takim jak w ofercie poziomie. Tym samym w ocenie Izby procedura oparta o treść art. 90 ust. 1 i 1a ustawy Pzp powinna być kontynuowana wobec tego wykonawcy.

Jak stanowią bowiem dyrektywy 2014/24/UE oraz 2014/25/UE w zakresie wyjaśnień odnoszących się do rażąco niskiej ceny prawodawca unijny posługuje się pojęciem „negocjacje” – co pozwala przyjąć, że wezwania w tym zakresie mogą być kierowane do wykonawcy wielokrotnie celem uzyskania wyczerpujących i satysfakcjonujących wyjaśnień w tym zakresie. Taka tendencja rysuje się również w orzecznictwie krajowym, czy to Krajowej Izby Odwoławczej, czy też sądów okręgowych. Zamawiający w przypadku, gdy widzi konieczność uzyskania dodatkowych danych może, a nawet powinien, skierować do wykonawcy dodatkowe wezwanie celem znalezienia źródeł takiego a nie innego poziomu wynagrodzenia.

W ocenie Izby wyjaśnienia kierowane do wykonawcy na podstawie art. 90 ust. 1 i 1a ustawy Pzp nie są li tylko formalnym aspektem procedury udzielania zamówienia publicznego – a zatem powinny one zmierzać do uzyskania realnych wyników tej procedury. Celem procedury opartej na podstawie art. 90 ust. 1 i 1a ustawy Pzp jest uzyskanie potwierdzenia realności ceny, nie zaś „wciągnięcie” wykonawcy w formalną pułapkę skutkującą odrzuceniem jego oferty ze względu na wypełnienie się hipotezy normy prawnej uregulowanej w treści przepisu art. 90 ust. 3 ustawy Pzp. Nie sposób bowiem zgodzić się z poglądem, że odrzucenie oferty z przyczyn formalnych (tj. na skutek nierzetelnego wypełnienia obowiązku z art. 90 ust. 1 – 3 ustawy Pzp) powinno następować w każdym wypadku, w szczególności gdy oferta nie nosi znamion oferty z ceną rażąco niską. Takie stanowisko, przy przyjęciu i ustaleniu, że istnieje duże prawdopodobieństwo, że oferta została skalkulowana w sposób rzetelny i ekonomicznie uzasadniony, jest nie do przyjęcia. Oznaczałoby to wówczas konieczność odrzucenia oferty z uzasadnioną ekonomicznie ceną ze względu na pewne braki procedury – a więc eliminowanie z przyczyn formalnych rzetelnie skalkulowanych ofert – pomimo faktu, że kontynuowanie tej procedury może przynieść cel, jakim jest przedstawienie dowodów i wyjaśnień uzasadniających wysokość zaoferowanego wynagrodzenia.

Powyższe ma zastosowanie do niniejszego postępowania, ze względu na zakres wezwania Zamawiającego ujęty w piśmie z dnia 19.12.2018 r. – którego treść zostanie poddana ocenie w dalszej części stanowiska Izby.

W ramach stosowania instytucji uregulowanej w treści art. 90 ust. 1 – 3 ustawy Pzp rysuje się jeszcze jeden problem natury praktycznej. W przypadku błędnego założenia, że istnieją podstawy do postawienia wykonawcy zarzutu rażąco niskiej ceny, przy tak zakreślonym w ustawie ciężarze dowodu (vide art. 90 ust. 2 oraz art. 190 ust. 1a ustawy Pzp) wykazanie realności ceny będzie niosło za sobą znaczne trudności natury dowodowej. Nie sposób bowiem przedstawić dowody na okoliczność zastosowania metod pozwalających uzyskać znacznych oszczędności, czy też pomocy publicznej lub sprzyjających dla wykonawcy warunków realizacji zamówienia, jeżeli cena zawarta w ofercie jest zwykłą ceną rynkową obliczoną przy wykorzystaniu standardowych metod bez wykorzystania jakichkolwiek nadzwyczajnych okoliczności i technik. Wówczas wykonawca będzie musiał zmierzyć się z koniecznością niejako „poszukiwania” dowodów na potwierdzenie faktów, które nie stanowiły podstaw ustalenia i nie przesądzały o wysokości tego wynagrodzenia. Z taką sytuacją będziemy mieli przede wszystkim do czynienia w przypadku, gdyż jeden z wykonawców zaoferuje realizację przedmiotu zamówienia za wynagrodzeniem rażąco zawyżonym, co doprowadzi do uruchomienia mechanizmu wskazanego w drugiej części alternatywy zawartej w art. 90 ust. 1a pkt 1 ustawy Pzp wobec pozostałych wykonawców przez niejako sztuczne „wprowadzenie” ich ofert do poziomu kwalifikującego je do zastosowania art. 90 ust. 1 ustawy Pzp.

Take stanowisko Izby jest podyktowane faktem, iż w ramach rozprawy prowadzonej w dniu 06.02.2019 r. Odwołujący przedstawił szereg informacji i argumentów pozwalających na przyjęcie wstępnego założenia, że zaoferowane przez niego wynagrodzenie zostało skalkulowane w sposób prawidłowy i rzetelny. Jednakże z przyczyn wskazanych powyżej wyjaśnienia te nie mogą stanowić podstawy do uznania, że cena nie jest rażąco niska. Wyjaśnienia te winny zatem zostać przedstawione Zamawiającemu w toku postępowania o udzielenie zamówienia publicznego i poddane rzetelnej ocenie – stosownie do treści art. 90 ust. 1 – 3 ustawy Pzp. Dopiero wówczas będzie można mówić o prawidłowo zakończonej procedurze badania i oceny ofert i w konsekwencji - o prawidłowym wyborze oferty najkorzystniejszej.

W pierwszej kolejności należy wskazać na zakres wezwania jakie zostało wystosowane do Odwołującego. Analiza pisma Zamawiającego z dnia 19.12.2018 r. pozwala jednoznacznie stwierdzić, że jego przedmiotem było zobowiązania do przedstawienia szczegółowej kalkulacji z wyeksponowaniem jego poszczególnych składników. Wezwanie to ma

charakter wstępny, tj. stanowi dopiero niejako „przymiarę” do szczegółowej analizy jego poszczególnych elementów. Jednakże w niniejszym wypadku uzyskanie informacji na temat poszczególnych składników wynagrodzenia doprowadziło od razu do wyeliminowania oferty Odwołującego, w ramach której to czynności Zamawiający dokonał jedynie porównania wskazanych składników wynagrodzenia oraz całej jego kwoty do cen innych wykonawców oraz do cen oferowanych przez Odwołującego w dotychczasowych postępowaniach, które poskutkowały udzieleniem mu zamówienia na lata 2017 – 2018.

Zamawiający odniósł się po analizie elementów wynagrodzenia do trzech jego składników kwestionując wysokość dwóch z nich w odniesieniu do dotychczas oferowanego przez Odwołującego wynagrodzenia dla lat 2017 i 2018 oraz odnosząc te dwa składniki do ofert innych wykonawców. Co do trzeciego elementu wynagrodzenia (koszt roboczogodziny pracy polewaczki) Zamawiający wskazał zaś, że jest on „rażąco wysoki”.

W tym miejscu Izba wskazuje, że zarówno orzecznictwo Krajowej Izby Odwoławczej, jak również Sądów Okręgowych za orzecznictwem Trybunału Sprawiedliwości Unii Europejskiej dopuszczają wieloetapowe wyjaśnienia w zakresie rażąco niskiej ceny. Jak wyżej wskazano przepisy dyrektyw w tym zakresie posługują się wręcz pojęciami „negocjacje”, co wskazuje, że z zasady mogą one mieć wieloetapowy charakter i przebieg – co ma miejsce w szczególności, gdy narzucony w dokumentacji postępowania sposób skalkulowania wynagrodzenia w pierwszej kolejności wymusza wezwanie do przedstawienia szczegółowej kalkulacji, a dopiero następnie analizy i wyjaśniania jej poszczególnych składników.

Biorąc pod uwagę powyższe Zamawiający winien poddać ponownej ocenie wyjaśnienia złożone dotychczas przez Odwołującego i wezwać go, mając na uwadze oświadczenia i informacje uzyskane w toku rozprawy, jak również wytyczne zawarte w niniejszym uzasadnieniu, do dodatkowych wyjaśnień.

Izba poddając analizie zaprezentowaną przez Odwołującego kalkulację, wraz z wyjaśnieniami przedstawionymi na rozprawie, uznała, że brak jest tam wyraźnych luk lub wartości jednostkowych, które wydają się nierzeczywiste – jednakże z jednym zasadniczym wyjątkiem, do którego Izba odniosła się w dalszej części uzasadnienia.

Zasadniczo tezy, które legły u podstaw odrzucenia oferty Odwołującego powinny być przedmiotem kolejnego wyjaśnienia, gdyż w pierwszym wezwaniu Zamawiający wniósł jedynie o przedstawienie szczegółowej kalkulacji, zaś w piśmie z dnia 14.01.2019 r. doszło dopiero do zakwestionowania dwóch składników wynagrodzenia (kosztów mechanicznego zmiatania ulic oraz opróżniania koszy z odpadków) – ze szczegółowym wskazaniem, które elementy tej części wynagrodzenia budzą wątpliwości Zamawiającego.

To dopiero na tym etapie (odrzućenia oferty) Odwołujący powziął informacje, które składniki wynagrodzenia i z jakiego powodu są kwestionowane przez Zamawiającego. Samo odniesienie się do wartości szacunkowej zamówienia oraz cen innych ofert jest w tym wypadku niewystarczające. Jak zostało wskazane na rozprawie, która to okoliczność została przyznana przez Zamawiającego w pismach procesowych, Odwołujący realizuje tożsamą usługę od 2017 roku – a zatem można założyć, że posiada On wystarczającą wiedzę do prawidłowego skalkulowania wynagrodzenia. W wynagrodzeniu tym nie sposób też doszukać się błędu, który sugerował Przystępujący – Legnickie Przedsiębiorstwo Gospodarki Komunalnej. Przedstawione wraz z odwołaniem faktury za okres od grudnia 2017 r. do listopada 2018 r. odnoszące się do czynności przetwarzania odpadów o kodach 20 02 01 oraz 20 03 03 w cenach jednostkowych na poziomie 38 i 48 złotych netto za 1Mg mogą stanowić punkt wyjściowy do takiego skalkulowania wynagrodzenia. Okoliczność, czy założenia te są racjonalne, powinna, zdaniem Izby, być przedmiotem dalszej analizy. Samo oświadczenie Przystępującego i Zamawiającego, że ceny rynkowe zagospodarowania odpadów są wyżej i nie są znane powody zaoferowania stawki na poziomie 38 i 48 zł netto/Mg jest niewystarczające do zanegowania tej wartości. Zamawiający zaś nie może dopuścić do odrzucenia oferty wykonawcy jedynie po pobieżnej analizie wyjaśnień, które w ocenie Izby, wpisują się w pełni literalnie w zakres wezwania sformułowanego w oparciu o art. 90 ust. 1a ustawy Pzp (vide: treść pisma z dnia 19.12.2018 r.). W orzecznictwie podnosi się bowiem, że wyjaśnienia oparte o regulację art. 90 ustawy Pzp mogą, a czasami powinny mieć charakter wieloetapowy. Dopiero bowiem po wstępnym rozeznaniu kształtu wynagrodzenia i rozkładu jego ciężaru pomiędzy poszczególne składniki (elementy) podmiot zamawiający uzyskuje wiedzę na temat okoliczności, które mogą stanowić podstawę do szczegółowej analizy elementów, które odbiegają znacząco od cen rynkowych. Punktem odniesienia dla oceny wiarygodności wynagrodzenia nie mogą być tylko i wyłącznie ceny innych wykonawców, a nawet cena tego samego wykonawcy oferowana we wcześniejszym okresie. Cena jest każdorazowo badana w odniesieniu do przedmiotu zamówienia (podkreślenie Izby), zaś ceny innych wykonawców mogą jedynie stanowić podstawę do zastosowania instytucji wezwania do złożenia wyjaśnień. W przeciwnym wypadku złożenie przez jednego z wykonawców oferty z ceną rażąco zawyżoną winno skutkować odrzuceniem innych ofert, bez konieczności badania obiektywnego wymiaru wartości świadczonych. Takie założenie, poza jego oczywistą wadliwością, prowadziłoby również do otwarcia możliwości manipulacji przebiegiem postępowania przez wykonawców. Wówczas za wystarczające dla uznania innych ofert za wpisujące się w treść art. 89 ust. 1 pkt 4 ustawy Pzp byłoby złożenie oferty przez jednego z wykonawców z ceną stanowiącą wielokrotność szacunkowej wartości zamówienia – co wprost godziłoby w zasady zamówień publicznych ujęte w treści art. 7 ust. 1 ustawy Pzp. Punktem odniesienia badania ceny jest zawsze przedmiot zamówienia.

Odnosząc się do przedstawionych przez Odwołującego w piśmie z dnia 27.12.2018 r. składników wynagrodzenia, w połączeniu z dodatkowymi wyjaśnieniami złożonym na rozprawie, nie sposób przyjąć, że np. Odwołujący zastosował wynagrodzenie pracowników poniżej płacy minimalnej, czy też, że cena zakupu paliwa w ilościach hurtowych jest niemożliwa za taką kwotę. Odwołujący na wezwanie Zamawiającego przedstawił bardzo szczegółowe dane obejmujące stawki godzinowe pracowników (np. kierowców, w tym dodatkowego pracownika do opróżniania koszy), dystans przejeżdżany przez zmiatarkę, zużycie paliwa i olejów, koszty najmu zmiatarki poparte dołączoną ofertą, Przedstawił również koszt wody, wydatków nieprzewidzianych oraz zysku na poziomie 10%. W odniesieniu do pojazdu własnego Odwołujący przedstawił koszt amortyzacji, napraw i bieżącej obsługi pojazdu, koszt jego ubezpieczenia i koszty nieprzewidziane. Żaden z tych jednostkowych składników wynagrodzenia, poza jednym, nie został zakwestionowany przez Zamawiającego.

Co do kwestii wynagrodzenia obejmującego pracę polewaczki ulic Izba jedynie wskazuje, że przepisy w postaci art. 89 ust. 1 pkt 4 oraz art. 90 ust. 3 ustawy Pzp stanowią nieadekwatną podstawę prawną w przypadku stwierdzenia ceny rażąco zawyżonej. W tym wypadku jedynie ma marginesie Izba zauważa, że Odwołujący przy skalkulowaniu tego wynagrodzenia odniósł się do roku 2018 r. wskazując, że polewaczka nie przepracowała ani jednej godziny – czemu Zamawiający na rozprawie nie zaprzeczył, wskazując jedynie w piśmie z dnia 14.01.2019 r., że „(...) w poprzednich latach nie była zbyt często używana (...)” – cytując w nieprecyzyjny sposób stanowisko Odwołującego. Również na marginesie należy wskazać, że aby uniknąć tego rodzaju podejścia do kształtowania wynagrodzenia, będącego konsekwencją sposobu realizacji usługi, Zamawiający winien rozważyć wprowadzenie w kolejnych postępowaniach

odrębnych stałych kosztów utrzymania sprzętu (tzw. jego „gotowości”) oraz odrębnie kosztów jego rzeczywistej pracy. Powyższe pozwala również na przyjęcie, że Zamawiający nie prezentuje dynamicznego podejścia do kształtowania warunków realizacji usługi, w przeciwieństwie do Odwołującego, który wyciąga wnioski z dotychczasowego przebiegu realizacji tego świadczenia.

Stąd też stwierdzenie przez Izbę, w ramach niniejszego odwołania, nieprawidłowości w ocenie wyjaśnień złożonych przez Odwołującego skutkowało nakazaniem Zamawiającemu powtórzenia tej oceny z ewentualnym uwzględnieniem konieczności kontynuowania wyjaśnień na skutek dodatkowego wezwania. Jest to wynikiem faktu, że Izba nie jest zobligowana do prowadzenia postępowania o udzielenie zamówienia publicznego niejako w zastępstwie podmiotu zamawiającego a jedynie do korygowania jego czynności, które uzna za wadliwe. Stąd też Izba rozpoznając zarzuty zawarte w treści odwołania nie przesądziła, czy Odwołujący złożył w postępowaniu ofertę zawierającą rażąco niską cenę. Izba uznała jednak, że zarówno informacje zawarte w treści złożonych przez Odwołującego wyjaśnień, jak również dowody i wyjaśnienia zaprezentowane w toku rozprawy wskazują na konieczność odmiennego podejścia do zaferowanej przez tego wykonawcę ceny i sposobu ukształtowania wynagrodzenia.

Izba w toku rozprawy ustaliła, że Zamawiający nie poddał wnikliwej ocenie złożonych przez Odwołującego wyjaśnień, w tym nie dostrzegł faktu, że Odwołujący jako dotychczasowy wykonawca usługi mógł poczynić pewne założenia związane z ceną. To czy są one słuszne może zostać skorygowane, zdaniem Izby, jedynie w oparciu o kolejne, bardziej szczegółowe wyjaśnienia. Czynność odrzucenia oferty, jako eliminująca wykonawcę z udziału w postępowaniu, a zatem będąca czynnością o charakterze sankcyjnym powinna być dokonana ze szczególną rozważą. Nie sposób bowiem w tym wypadku dopuścić możliwości wyeliminowania z postępowania wykonawcy, który skalkulował wynagrodzenie jedynie na niskim poziomie, które nie zawsze może być utożsamiane ze złożeniem oferty z rażąco niską ceną.

Odwołujący bowiem wskazał, jak kształtują się poszczególne składniki jego wynagrodzenia oraz, że jako dotychczasowy usługodawca posiada wiedzę na temat specyfiki realizacji usługi pozwalającą na minimalizację i optymalizację kosztów, co uznać należy za naturalną konsekwencję powyższego faktu i dopuszczalny mechanizm konstruowania ceny ofertowej.

W tym zakresie Zamawiający oceniając złożone wyjaśnienia ograniczył się jedynie do podsumowania przedstawionych przez Odwołującego kwot i porównania ich z wartościami wynikającymi ze złożonych oferty. Zamawiający w ramach analizy sięgnął również do cen rynkowych kosztu zagospodarowania odpadów, jednakże Odwołujący o stanowisku Zamawiającego w tym zakresie dowiedział się dopiero z informacji o odrzuceniu oferty.

W trakcie kontynuacji analizy prowadzonej przez Zamawiającego Izba zaleca zwrócenie szczególnej uwagi na koszt zagospodarowania odpadów, który został przez Odwołującego przedstawiony na poziomie 38 zł netto za Mg. Odwołujący na etapie postępowania odwoławczego przedstawił dowody w postaci faktur od podmiotu Eko Partner, jednakże Przystępujący i Zamawiający wskazywali, że rynkowy koszt zagospodarowania tego rodzaju odpadów jest znacznie wyższy. Stąd też ten element kalkulacji powinien zostać poddany szczególnej analizie łącznie z koniecznością wyjaśnienia, jakie powody stoją za tym, że podmiot współpracujący z jednym z członków Odwołującego się Konsorcjum oferuje taki koszt zagospodarowania tych odpadów.

Dopiero ewentualne wyjaśnienie tej kwestii pozwoli na jednoznaczne przyjęcie, czy zaoferowane przez Odwołującego wynagrodzenie nosi znamiona ceny rażąco niskiej, czy też u takiego sposobu skalkulowania jego składników leżą obiektywne okoliczności.

Na skutek niewłaściwej i niewystarczającej oceny wyjaśnień złożonych przez Odwołującego Zamawiający nie miał prawa podjąć tak daleko idącej czynności – jaką jest czynność odrzucenia oferty. Brak właściwej analizy wyjaśnień nie pozwolił bowiem Zamawiającemu na ustalenie rzeczywistego stanu rzeczy i podjęcia decyzji w kontekście treści art. 90 ust. 2 i 3 ustawy Pzp. Tym samym czynność ta była przedwczesna jako nie znajdująca oparcia w ustalonym przez Zamawiającego stanie faktycznym.

W zakresie zarzutu naruszenia art. 92 ust. 1 pkt 3 w związku z art. 7 ust. 1 ustawy Pzp Izba uznała, że zarzuty te nie zasługują na uwzględnienie. Kwestia przedstawienia powodów (uzasadnienia) czynności odrzucenia jest całkowicie odrębna od czynności odrzucenia oferty, a sam przepis zawiera w sobie odrębną normę prawną. Jeżeli bowiem czynność badania oferty i oceny wyjaśnień została dokonana w sposób niepełny i niewyczerpujący, uzasadnienie dla niej jest wynikiem działań Zamawiającego w tym zakresie. Analiza treści pisma z dnia 14.01.2019 r. w konfrontacji z odpowiedzią Zamawiającego na odwołanie pokazuje jednoznacznie, że uzasadnienie czynności odrzucenia oferty jest odzwierciedleniem podjętych przez Zamawiającego działań – a więc nie można mu zarzucić, że jest niepełne lub niejasne. Zamawiający bowiem swoje działania oparł jedynie na przypuszczeniach oraz na szczątkowej analizie informacji przekazanych przez Odwołującego, w tym badanie ceny sprowadził do porównania ceny badanej oferty z ofertami innych wykonawców oraz z ceną za usługę świadczoną w okresie 2017 – 2018. Tym samym art. 92 ust. 1 pkt 3 ustawy Pzp regulujący obowiązek informacyjny nie został naruszony, gdyż uzasadnienie czynności zawierało pełne odzwierciedlenie działań Zamawiającego, które zostały ocenione w sposób negatywny na etapie rozpoznania zarzutów z art. 89 ust. 1 pkt 4 i art. 90 ust. 3 ustawy Pzp.

W związku z powyższym, na podstawie art. 192 ust. 1 ustawy Pzp, orzeczono jak w sentencji.

Zgodnie bowiem z treścią art. 192 ust. 2 ustawy Pzp Izba uwzględniła odwołanie, jeżeli stwierdzi naruszenie przepisów ustawy, które miało wpływ lub może mieć istotny wpływ na wynik postępowania o udzielenie zamówienia. Potwierdzenie części zarzutów wskazanych w odwołaniu powoduje, iż w przedmiotowym stanie faktycznym została wypełniona hipoteza normy prawnej wyrażonej w art. 192 ust. 2 ustawy Pzp.

O kosztach postępowania odwoławczego orzeczono na podstawie art. 192 ust. 9 i 10 ustawy Pzp, tj. stosownie do wyniku postępowania, z uwzględnieniem postanowień rozporządzenia Prezesa Rady Ministrów z dnia 15 marca 2010 r. w sprawie wysokości i sposobu pobierania wpisu od odwołania oraz rodzajów kosztów w postępowaniu odwoławczym i sposobu ich rozliczania (tekst jednolity Dz. U. z 2018 r. poz. 2972) zmienionego rozporządzeniem Prezesa Rady Ministrów z dnia 9 stycznia 2017 r. zmieniającego rozporządzenie w sprawie wysokości i sposobu pobierania wpisu od odwołania oraz rodzajów kosztów w postępowaniu odwoławczym i sposobu ich rozliczania (Dz. U. z 2017 r., poz. 47), w tym w szczególności § 5 ust. 4.

Przewodniczący: