

WYROK

z dnia 6 sierpnia 2020 r. Krajowa Izba

Odwoławcza - w składzie:

Przewodniczący: Anna Packo

Protokolant: Mikołaj Kraska

po rozpoznaniu na rozprawie w dniu 6 sierpnia 2020 r., w Warszawie, odwołania wniesionego do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej w dniu 28 maja 2020 r. przez wykonawcę

PreZero Service Centrum Spółka z ograniczoną odpowiedzialnością z siedzibą w Kutnie

w postępowaniu prowadzonym przez **Gminę Celestynów**

przy udziale wykonawcy **M. B. prowadzącego działalność gospodarczą pod nazwą PROGRES M. B. z siedzibą w Sulejówku** zgłaszającego przystąpienie do postępowania odwoławczego po stronie zamawiającego

orzeka:

1. uwzględnia odwołanie i nakazuje Gminie Celestynów unieważnienie czynności wyboru oferty najkorzystniejszej dla części III postępowania, powtórzenie czynności badania i oceny ofert dla części III oraz odrzucenie oferty M. B. prowadzącego działalność gospodarczą pod nazwą PROGRES M. B. dla części III na podstawie art. 90 ust. 3 ustawy Prawo zamówień publicznych,

2. kosztami postępowania obciąża Gminę Celestynów i:

2.1. zalicza w poczet kosztów postępowania odwoławczego kwotę 15 000 zł 00 gr (słownie: piętnaście tysięcy złotych zero groszy) uiszczoną przez PreZeroService Centrum Spółkę z ograniczoną odpowiedzialnością tytułem wpisu od odwołania,

2.2. zasądza od Gminy Celestynów na rzecz PreZeroService Centrum Spółki z ograniczoną odpowiedzialnością kwotę 18 600 zł 00 gr (słownie: osiemnaście tysięcy sześćset złotych zero groszy) stanowiącą koszty postępowania odwoławczego poniesione z tytułu wpisu i wynagrodzenia pełnomocnika.

Stosownie do art. 198a i 198b ustawy z dnia 29 stycznia 2004 r. - Prawo zamówień publicznych (t.j. Dz. U. z 2019 r., poz. 1843 z późn. zm.) na niniejszy wyrok - w terminie 7 dni od dnia jego doręczenia - przysługuje skarga za pośrednictwem Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej do Sądu Okręgowego Warszawa-Praga w Warszawie.

**Przewodniczący:
Uzasadnienie**

Zamawiający - Gmina Celestynów prowadzi postępowanie o udzielenie zamówienia publicznego na „odbiór, transport i zagospodarowanie odpadów komunalnych od właścicieli nieruchomości z terenu Gminy Celestynów” na podstawie ustawy z dnia 29 stycznia 2004 r. Prawo zamówień publicznych (t.j. Dz. U. z 2019 r. poz. 1843 z późn. zm.), w trybie przetargu nieograniczonego.

Ogłoszenie o zamówieniu zostało opublikowane 6 marca 2020 r. w Dzienniku Urzędowym Unii Europejskiej pod nr 2020/S 047-111351. Wartość zamówienia jest większa niż kwoty określone na podstawie art. 11 ust. 8 ustawy Prawo zamówień publicznych.

I Wyjaśnienia poziomu ceny oferty Odwołującego

W trakcie badania ofert Zamawiający, na podstawie art. 90 ust. 1 ustawy Prawo zamówień publicznych, wezwał

Przystępującego - M. B. prowadzącego działalność gospodarczą pod nazwą PROGRES M. B. do wyjaśnienia poziomu ceny oferty w zakresie części III zamówienia „Odbiór, transport i zagospodarowanie odpadów komunalnych z Punktu Selektywnej Zbiórki Odpadów Komunalnych zlokalizowanego przy ul. Osieckiej 1 w miejscowości Celestynów”. W wezwaniu Zamawiający wskazał, że „w celu ustalenia, czy złożona przez Państwa oferta zawiera rażąco niską cenę w stosunku do przedmiotu zamówienia, Zamawiający zwraca się o udzielenie wyjaśnień, w tym złożenia dowodów, dotyczących elementów oferty mających wpływ na wysokość ceny, w szczególności (uwzględnić w zakresie odnoszącym się): 1) oszczędności metody wykonania zamówienia, wybranych rozwiązań technicznych, wyjątkowo sprzyjających warunków wykonywania zamówienia dostępnych dla wykonawcy, oryginalności projektu wykonawcy, kosztów pracy, których wartość przyjęta do ustalenia ceny nie może być niższa od minimalnego wynagrodzenia za pracę albo minimalnej stawki godzinowej, ustalonych na podstawie przepisów ustawy z dnia 10 października 2002 r. o minimalnym wynagrodzeniu za pracę (Dz. U. z 2017 r. poz. 847 oraz z 2018 r. poz. 650); 2) pomocy publicznej udzielonej na podstawie odrębnych przepisów; 3) wynikającym z przepisów prawa pracy i przepisów o zabezpieczeniu społecznym, obowiązujących w miejscu, w którym realizowane jest zamówienie; 4) wynikającym z przepisów prawa ochrony środowiska; 5) powierzenia wykonania części zamówienia podwykonawcy. Powyższe uzasadnione jest tym, że cena złożonej przez Państwa oferty wydaje się rażąco niska w stosunku do przedmiotu zamówienia i budzi wątpliwości Zamawiającego co do możliwości wykonania przedmiotu zamówienia zgodnie z wymaganiami określonymi w SIWZ przez Zamawiającego ze względu

na fakt, iż cena omawianej oferty jest niższa o 32,11 % od wartości szacunkowej brutto i 31,68 % od średniej arytmetycznej cen wszystkich złożonych ofert. Wyjaśnienia należy złożyć Zamawiającemu w terminie do dnia 23 kwietnia 2020 r. Zamawiający informuje, iż na podstawie art. 90. ust. 3 ustawy Pzp, odrzuci Państwa ofertę, jeżeli wyjaśnienia nie zostaną złożone w wyznaczonym terminie lub jeżeli dokonana ocena wyjaśnień wraz z dostarczonymi dowodami potwierdzi, że oferta zawiera rażąco niską cenę w stosunku do przedmiotu zamówienia.”

W odpowiedzi na powyższe wezwanie, Odwołujący wskazał: „W zakresie ceny mojej oferty w postępowaniu (...) chciałbym wyjaśnić, że całościowa cena mojej oferty nie stanowi <<rażąco niskiej ceny>> przede wszystkim dlatego, że ceny przeze mnie zaproponowane są porównywalne, a w niektórych punktach wyższe od tych, które proponowałem w dwóch pierwszych częściach. Jako właściciel firmy Progres M. B. potwierdzam fakt, iż wykonywałem podobną usługę dla Urzędu Miasta Ząbki osiągając dochód w przewidywanej i zadawalającej wysokości, a usługa była wykonywana należycie. W ofercie złożonej do Miasta Celestynów mając na uwadze tegoroczne podwyżki cen jakie miały miejsce na początku roku, w przeprowadzonej przeze mnie kalkulacji zaproponowane przeze mnie ceny, uwzględniają podwyżki cenowe jakie jeszcze mogą w tym roku wystąpić. Przewidywane podwyżki nie będą przeszkadzały w zapewnieniu mi oczekiwanego zysku nawet po ich wprowadzeniu. W przypadku zbyt wysokich podwyżek, jestem także w stanie zapewnić ich transport do instalacji oddalonych nawet o 200-300 km. Na chwilę obecną obsługujemy w ten sposób Miasto Otwock. Jako że wykonuję już podobne zlecenie jestem w stanie zwiększyć liczbę potrzebnych pojazdów, przy wykorzystaniu pracowników już zatrudnionych co wiąże się z mniejszym nakładem pracowników potrzebnych do koordynacji i obsługi klienta, przygotowując się do zlecenia na Otwocku zakupiłem trzy dodatkowe pojazdy, które przy wzroście cen warszawskich instalacji zostaną wykorzystane do transportu odpadów w Celestynowie. Oczywiście liczę się z tym, że wraz z rozwojem firmy, będą rosły także i koszty jej utrzymania, lecz na chwilę obecną będąc małą firmą, która nie potrzebuje dużych nakładów utrzymania jesteśmy konkurencją dla większych firm rozwijając się z roku na rok. Nadmienię, iż posiadam stałą kadrę pracowniczą wraz z popartym doświadczeniem pozyskanym na terenie miasta Ząbki w zakresie odbioru i transportu odpadów komunalnych od mieszkańców nieruchomości a także zdobywanego doświadczenia przy odbiorze odpadów z Miasta Otwock. Istotnym czynnikiem mającym wpływ na wysokość ceny w złożonej przez mnie ofercie jest posiadanie zbiornika na paliwo na terenie bazy transportowej. Po pierwsze koszt zatankowania pojazdu służącego do odbioru odpadów na ogólnodostępnych stacjach wynosi średnio 10% więcej, aniżeli koszt tankowania tego samego pojazdu ze zbiornika. Poza oszczędnością finansową ma to wpływ na skrócenie czasu pracy pojazdu i kierowcy, który nie poświęca czasu na dojazd i kolejki na stacjach paliw - dowód posiadania zbiornika na paliwo. Nie przewidujemy korzystania z pomocy publicznej udzielonej na podstawie odrębnych przepisów oraz wynikającej z przepisów prawa pracy i przepisów o zabezpieczeniu społecznym, obowiązujących w miejscu, w którym realizowane jest zamówienie. Nie ponoszę dodatkowego nakładu finansowego w zakresie prowadzenia ewidencji

odpadów oraz znajomości regulacji prawnych w zakresie ochrony środowiska, ponieważ posiadam takie zaplecze z tytułu innych już posiadanych umów. Nie zamierzam korzystać z podwykonawców, co generuje koszty wykonania zamówienia. Nie wynajmuję sprzętów ani zaplecza technicznego, ponieważ są moją własnością, co również może mieć wpływ na wysokość zaproponowanej przeze mnie ceny. Wyjaśniam, iż wskazane powyżej oszczędności i metody znacząco wpłynęły na wysokość mojej proponowanej ceny za wykonanie zamówienia. Wobec tego, potwierdzam, że jestem w stanie należycie wykonać zlecenie z uwzględnieniem zaoferowanej przeze mnie ceny.”

Zamawiający przyjął wyjaśnienia wykonawcy i uznał jego ofertę za najkorzystniejszą dla części III.

II Stanowisko Odwołującego

Odwołujący - PreZero Service Centrum Sp. z o.o. wniósł odwołanie wobec wyboru oferty złożonej przez Przystępującego jako najkorzystniejszej w części III postępowania, zaniechania odrzucenia tej oferty w części III oraz zaniechania dokonania wyboru oferty Odwołującego jako najkorzystniejszej w części III postępowania, zarzucając Zamawiającemu naruszenie art. 89 ust. 1 pkt 4 oraz art. 90 ust. 3 w zw. z art. 90 ust. 2 ustawy Prawo zamówień publicznych poprzez zaniechanie ich zastosowania i nieodrzućenie oferty Przystępującego w części III postępowania, pomimo że wykonawca ten nie wykazał, że jego oferta nie zawiera rażąco niskiej ceny, w szczególności nie udowodnił, że oferta nie zawiera rażąco niskiej ceny w stosunku do przedmiotu zamówienia.

Odwołujący wniósł o nakazanie Zamawiającemu: unieważnienia czynności wyboru oferty Przystępującego jako najkorzystniejszej w części III, dokonania czynności odrzucenia oferty Przystępującego w części III i powtórzenia czynności badania i oceny ofert w części III postępowania.

W uzasadnieniu odwołania Odwołujący wskazał, że przedmiotem zamówienia w części III jest odbiór, transport i zagospodarowanie odpadów komunalnych z Punktu Selektywnej Zbiórki Odpadów Komunalnych (PSZOK) zlokalizowanego przy ul. Osieckiej 1 w miejscowości Celestynów. Na część III złożono trzy oferty: Przystępującego z ceną 295.910,33 zł, Remondis z ceną 525.384,44 zł oraz Odwołującego z ceną 477.999,36 zł, z których za najkorzystniejszą została uznana oferta Przystępującego, z którym to wyborem Odwołujący nie może się zgodzić.

Przystępujący, na podstawie art. 90 ust. 1 ustawy Prawo zamówień publicznych, został wezwany do złożenia wyjaśnień w zakresie rażąco niskiej ceny. W szczególności Zamawiający zwrócił się o udzielenie wyjaśnień, w tym złożenie dowodów, dotyczących elementów oferty mających wpływ na wysokość ceny takich jak: 1) oszczędność metody wykonania zamówienia, wybrane rozwiązania techniczne, wyjątkowo sprzyjające warunki wykonywania zamówienia dostępne dla wykonawcy, oryginalność projektu wykonawcy, koszty pracy, których wartość przyjęta do ustalenia ceny nie może być niższa od minimalnego wynagrodzenia za pracę albo minimalnej stawki godzinowej, ustalonych na podstawie przepisów ustawy z dnia 10 października 2002 r. o minimalnym wynagrodzeniu za pracę (Dz.U. z 2017 r. poz. 847 oraz z 2018 r. poz. 650); 2) pomoc publiczna udzielona na podstawie odrębnych przepisów; 3) wynikające z przepisów prawa pracy i przepisów

Ozabezpieczeniu społecznym, obowiązujących w miejscu, w którym realizowane jest zamówienie; 4) wynikające z przepisów prawa ochrony środowiska; 5) powierzenia wykonania części zamówienia podwykonawcy.

W odpowiedzi Przystępujący złożył bardzo lakoniczne wyjaśnienia, które w ocenie Odwołującego nie sprostają wymogowi z art. 90 ust. 2 ustawy Prawo zamówień publicznych

1) Przystępujący, wbrew ciążącemu na nim ciężarowi dowodowemu, nie obalił domniemania, iż jego cena jest ceną rażąco niską. Prawidłowa ocena tych wyjaśnień powinna doprowadzić Zamawiającego do wniosku, że oferta Przystępującego zawiera rażąco niską cenę.

W szczególności Przystępujący w wyjaśnieniach wskazał, że przedstawiona przez niego cena nie jest ceną rażąco niską, gdyż „ceny przez niego zaproponowane są porównywalne, a w niektórych punktach wyższe od tych, które zaproponował w dwóch pierwszych częściach przedmiotowego zamówienia”. Ponadto wskazał, że wykonywał podobną usługę dla Urzędu Miasta Ząbki osiągając bliżej niesprecyzowany dochód „w przewidywanej i zadowalającej wysokości”. Fakt zaoferowania cen porównywalnych w innych częściach zamówienia czy w innym postępowaniu nie ma znaczenia dla oceny, czy cena w przedmiotowym postępowaniu jest rażąco niska. Poszczególne części zamówienia traktuje się jak odrębne postępowania, a przedmiot tych zamówień nie odpowiada swoim zakresem przedmiotowi zamówienia na część III. Tak samo nie wiadomo, jaki zakres świadczenia był realizowany dla Urzędu Miasta Ząbki, co wchodziło w

zakres tego zamówienia.

W świetle art. 90 ust. 1 ustawy Prawo zamówień publicznych wykonawca jest zobowiązany do odwoływania się do szczególnych okoliczności, metod oszczędności, które są właściwe dla danego, konkretnego zamówienia (części), na którą składa swoją ofertę. Odwoływanie się do innych postępowań czy części zamówienia w żaden sposób nie wyjaśnia, dlaczego w niniejszej sprawie została zaoferowana taka cena, a także nie pokazuje w żaden sposób, czy w ogóle wykonawca będzie miał jakikolwiek zysk z wykonywania przedmiotu zamówienia za podaną przez siebie cenę.

Przystępujący wskazał też, że w przeprowadzonej rzekomo kalkulacji (która nie została dołączona do wyjaśnień) zaproponowane ceny uwzględniają podwyżki cenowe, jakie jeszcze mogą w tym roku wystąpić. Nie wiadomo, jakie dokładne podwyżki cenowe wykonawca ma na myśli, w jakiej wysokości, jakich elementów zamówienia one dotyczą i w jaki sposób je uwzględnił w zaoferowanej przez niego cenie - brak jakiegokolwiek kalkulacji. Skoro Przystępujący twierdzi, iż ową kalkulację poczynił, zadziwiające jest, że takiej kalkulacji nie dołączył do swoich wyjaśnień, nie wykazując przy tym nawet przybliżonego zysku z realizacji zamówienia za podaną przez niego kwotę.

Jedyną okolicznością odwołującą się do „sprzyjających warunków” jest fakt posiadania zbiornika na paliwo na terenie bazy transportowej i obniżki kosztu tankowania pojazdu o ok. 10 % w stosunku do aktualnych cen paliwa oraz załączenie dowodu posiadania zbiornika na paliwo. Z dokumentu tego jednak nie wynika, w jaki sposób Przystępujący obliczył ową obniżkę ceny paliwa. Nawet gdyby uznać, iż rzeczywiście posiadanie zbiornika obniżało koszt paliwa o ok. 10 %, to koszty paliwa są jedynie niewielką częścią kosztów przypadającą na realizację przedmiotowego zamówienia. Brak jest wyliczeń co do innych kosztów np. kwoty zagospodarowania odpadów, kosztu utrzymania maszyn, sprzętu, ich amortyzacji (Przystępujący wskazuje, że zakupił trzy dodatkowe pojazdy na potrzeby realizacji zamówienia w Gminie Celestynów - ich koszt utrzymania i zakupu również należałoby wliczyć do kalkulacji), koszty osobowo-pracownicze (Przystępujący tylko nadmienia, że posiada stałą kadrę pracowniczą, ale nie wiadomo, z ilu osób się ona składa, jakie są wynagrodzenia pracowników, brak jest dołączonych na to dowodów np. w postaci umów

Opracę), koszty administracyjne, opłaty środowiskowe, inne obciążenia publicznoprawne. Posiadanie zbiornika na paliwo nie jest żadnym ewenementem wśród przedsiębiorców prowadzących usługi transportowe. Wręcz stanowi zasadę, jeśli podmiot posiada większy tabor. Własną bazą paliwową dysponuje także Odwołujący, który nabywa paliwo w ilościach 1cenach hurtowych, na potrzeby całej grupy PreZero. Zatem jedyna okoliczność rzekomo pozwalająca obniżyć koszty w najmniejszym stopniu nie odróżnia Przystępującego od pozostałych wykonawców i nie może dowodzić jego uprzywilejowanej sytuacji.

Również pozostałe kwestie poruszone w wyjaśnieniach są właściwe także dla innych wykonawców, chociażby dla Odwołującego, który ma ogromne doświadczenie w realizacji tego typu usług i wykonuje ich bardzo dużo. Odwołujący także posiada stałą kadrę pracowniczą, odpowiednią liczbę sprzętu i pojazdów.

Jednocześnie, skoro Przystępujący jest małą firmą, to w jaki sposób zamierza wywiązywać się z nałożonych na niego zadań, przy małej liczbie pracowników. Skoro zakupił dodatkowe pojazdy do wykonania usługi, to musi również zatrudnić kierowców do obsługi tych pojazdów. Koszty osobowo-pracownicze powinny zostać również dokładnie przedstawione w ewentualnej kalkulacji, z uwzględnieniem ich liczby i minimalnego wynagrodzenia za pracę, które z roku na rok sukcesywnie wzrasta (choć w realiach gospodarczych kierowcy specjalistycznych pojazdów zarabiają znacznie więcej niż kwota minimalnego wynagrodzenia za pracę). Przystępujący sam wskazuje w swoich wyjaśnieniach, że nie przewiduje korzystania z pomocy publicznej, a zatem wszelkie te koszty będzie musiał pokryć z własnych środków.

Niejasne jest oświadczenie Przystępującego, który wskazuje, że nie ponosi dodatkowego nakładu finansowego w zakresie prowadzenia ewidencji odpadów oraz w zakresie ochrony środowiska, ponieważ posiada on już zaplecze z tytułu innych posiadanych umów. Nie bierze jednak pod uwagę, iż z każdą nową umową dochodzą dodatkowe obowiązki ewidencyjne. Ponadto, zgodnie z punktem 10. opisu przedmiotu zamówienia dla części III wykonawca zobowiązany jest do przekazywania sprawozdań, o których mowa w art. 9n ustawy o utrzymaniu czystości i porządku w gminach. Takie sprawozdania są monitorowane i sporządzane przez konkretne osoby (pracowników biurowych), których również wykonawca musi zatrudnić. Natomiast opłata za składowanie odpadów, zgodnie z rozporządzeniem Rady Ministrów z dnia 22 grudnia 2017 r. w sprawie jednostkowych stawek opłat za korzystanie ze środowiska, uzależniona jest od tony odpadów. Zatem wykonawca, kalkulując swoją ofertę, musi uwzględnić koszt opłaty za składowanie w przeliczeniu na ilość/tonaż odpadów odbieranych i składowanych w ramach danej umowy. Nieprawdą jest zatem, że Przystępujący nie

będzie ponosił dodatkowego nakładu finansowego w zakresie prowadzenia ewidencji opadów, czy też w zakresie prawa ochrony środowiska.

Z tych względów wyjaśnienia Przystępującego są lapidarne, ogólnikowe i w żaden sposób nie dowodzą, że zaoferowana cena nie jest ceną rażąco niską. Dowodzą raczej, że zaoferowana cena jest rażąco niska w myśl art. 90 ust. 3 ustawy Prawo zamówień publicznych, gdyż pokazują, że Przystępujący podszedł „nonszalancko” do wyceny swojej oferty, jeżeli w ogóle można mówić o jakiegokolwiek przemyślanej kalkulacji.

W tego rodzaju przedsięwzięciach, nawet nie posiadając specjalistycznej wiedzy, łatwo można wskazać główne czynniki cenotwórcze. Są nimi: koszt zagospodarowania odpadów we wskazanych instalacjach (stanowiący lwia część wszystkich kosztów), koszt pojazdów, paliwa, pracowników i ogólnego zarządu. W odniesieniu do żadnego z tych elementów nie padły żadne kwoty, nie mówiąc już o dowodach.

Powyższe dyskwalifikuje wyjaśnienia Przystępującego w kontekście art. 90 ust. 3 oraz art. 89 ust. 1 pkt 4 ustawy Prawo zamówień publicznych i w rezultacie oferta Przystępującego powinna być odrzucona. Taka ocena znajduje potwierdzenie w orzecznictwie Krajowej Izby Odwoławczej i sądów okręgowych.

W orzeczeniu KIO 809/19 Izba negatywnie oceniła braki dowodowe w wyjaśnieniach dotyczących rażąco niskiej ceny, choć wykonawca nie ograniczył się do samych wyjaśnień i złożył wiele dokumentów na ich poparcie, wraz z kalkulacją ceny, niemniej Izba podkreśliła, że dowody muszą być adekwatne i przekonujące i nie mogą ograniczać się do ogólnikowego materiału. Ponadto Izba uznała za oczywisty fakt, że podmiot gospodarczy ponosi koszty wynagrodzenia pracowników biurowych, kadry zarządzającej, wyposażenia biura, amortyzacji, ubezpieczeń i innych niezwiązanych bezpośrednio ze świadczeniem danej usługi. Zdaniem Izby koszty te w odpowiedniej proporcji powinny być brane pod uwagę do skalkulowania ceny oferty, ponieważ bez ich poniesienia wykonawca nie jest w stanie prowadzić działalności.

Natomiast Sąd Okręgowy w Warszawie, w wyroku sygn. XXIII Ga 967/16 stwierdził, że: „Do oceny czy oferta nie zawiera rażąco zaniżonego składnika jej ceny, tj. kosztów osobowych należało przedstawić dowody odnoszące się wyłącznie do tego konkretnego oferenta. (...), Reasumując, jeśli Przystępujący po stronie Zamawiającego twierdził, że dana kategoria osób kosztuje go łącznie określoną i wskazaną w wyjaśnieniach kwotę to należało to wykazać w następujący sposób (dane fikcyjne, aby nie naruszyć tajemnicy przedsiębiorstwa): Oferent twierdzi, że koszt całkowity np. specjalisty wynosi łącznie 10.000,00 zł (średnia pensja brutto + koszty pracodawcy + koszty dodatkowe); Twierdzi także, że takich specjalistów będzie potrzebował 10; W swych wyjaśnieniach powinien więc przedstawić dowody dotyczące wszystkich tych 10 osób (bez konieczności ujawniania ich danych osobowych) i po zsumowaniu łączne koszty powinny wynieść 100.000,00 zł. Kwoty mogą się różnić odnośnie poszczególnych specjalistów, lecz łącznie powinny wynieść ww. kwotę; Po podzieleniu bowiem tej kwoty przez 10 (czyli wszystkich specjalistów, którzy mają uczestniczyć w realizacji zamówienia) pojawić się powinna średnia kwota w wysokości 10.000,00 zł/specjalista. Takie zasady powinny dotyczyć wszystkich kategorii (poziomów zaawansowania) osób, które przedmiotowe zamówienie miało wykonywać. Sądu nie interesowały hipotetyczne czy też uśrednione koszty występujące na rynku, lecz dokładne (co do grosza) koszty (...) [Przystępującego]. Przystępujący na żadnym etapie postępowania - w szczególności na etapie składania wyjaśnień tego nie uczynił. Nie przyjął takiej metody lecz ograniczył się wyłącznie do głoślowych twierdzeń, że koszt całkowity dotyczący danej kategorii osób wynosi daną wartość, nic więcej. Jako jedyny argument wskazał, że takie wartości były podawane przez spółkę w innych postępowaniach. (...) Zarzuty powierzchowności wyjaśnień można mnożyć. Dlaczego koszty inne, w tym koszty materiałowe wyniosły taką a nie inną wartość? Dlaczego ryzyko zostało oszacowane na taką a nie inną wartość, a zysk na inną? Nigdzie nie ma wyjaśnień, są tylko twierdzenia nie poparte żadnymi merytorycznymi argumentami.”

Warszawski Sąd Okręgowy podobnie krytycznie podszedł do wyjaśnień dotyczących ceny rażąco niskiej w wyroku sygn. akt XXIII Ga 255/18, w którym podkreślił, że na wykonawcy ciąży obowiązek wykazania, że jego oferta nie zawiera rażąco niskiej ceny, a argumentacja co do realności zaoferowanej ceny musi opierać się na materiale dowodowym w sposób niezbity i wyczerpująco wykazującym słuszność twierdzeń oferenta co do wysokości kosztów do poniesienia. W tym kontekście Sąd wytknął, że wykonawca „odnosi się wprawdzie ogólnikowo do kosztów osobowych, zarządzania, utrzymania systemu, etc, ale po pierwsze kosztów tych szczegółowo nie wyodrębnia, pozostając jedynie przy stwierdzeniu, że cenę danego elementu w kalkulowano w inny, uwzględniając stosowną marżę.”

Zdaniem Odwołującego wyjaśnień Przystępującego nie sposób uznać za wyjaśnienia kompleksowe i wyczerpujące,

sকoro nie zawierają dowodów ani dokładnych informacji na temat kosztów zatrudnienia pracowników, zakupu i utrzymania narzędzi i urządzeń, ogólnych kosztów zarządu, kosztów w zakresie opłaty środowiskowej, kosztów dotyczących zagospodarowania odpadów w odpowiedniej instalacji w odniesieniu do ilości i rodzaju odbieranych odpadów (szczegółowo wymieniony w opisie przedmiotu zamówienia dla części III), dokładnych kosztów paliwa. Nie przedstawiono praktycznie żadnych dowodów (z wyjątkiem dokumentu przewozowego), np. umów z właściwymi podmiotami potwierdzających możliwość zagospodarowania odpadów po określonych cenach, nie wskazano, jaka ilość odpadów została przyjęta do kalkulacji, nie uwzględniono kosztów odbioru poszczególnych frakcji odpadów, nie wyliczono kosztów transportu i nie przedstawiono dokumentów potwierdzających takie koszty (w tym koszty wywozu odpadów w odległości nawet 200-300 km, jak wskazuje Przystępujący w wyjaśnieniach), nie uwzględniono także kosztów ogólnozakładowych. Ponadto zgodnie z opisem przedmiotu zamówienia dla części III wykonawca będzie zobligowany do wyposażenia PSZOK w odpowiednią liczbę pojemników - nie wiadomo, czy Przystępujący uwzględnił te pojemniki w cenie ofertowej, a także jaką liczbę tych pojemników założył do wykonania przedmiotu zamówienia. Nie wiadomo także, czy uwzględnił ryzyko wymiany pojemników i kontenerów uszkodzonych lub zniszczonych (opis przedmiotu zamówienia dla części III, punkt 4.). Wykonawcy powinni w swojej cenie uwzględnić także koszty mycia i dezynfekcji pojazdów (punkt 9. opisu przedmiotu zamówienia). Ponadto zgodnie z punktem 11. części III opisu przedmiotu zamówienia pojazdy muszą być wyposażone w system monitoringu bazujący na systemie pozycjonowania satelitarne. Taki system i oprogramowanie również należy zakupić i utrzymywać.

Wszystkie dowody i stosowną kalkulację Przystępujący powinien złożyć w wyjaśnieniach. Nawet gdyby złożył tego typu dokumenty na rozprawie, to uznać należy, iż złożenie tych dowodów jest spóźnione, gdyż nie wykazał w terminie przepisany przez Zamawiającego, iż jego cena nie jest ceną rażąco niską.

W świetle powyższego, oferta Progres podlega odrzuceniu na podstawie art. 89 ust. 1 pkt 4 oraz art. 90 ust. 3 w zw. z art. 90 ust. 2 ustawy Prawo zamówień publicznych.

III Stanowisko Zamawiającego

W odpowiedzi na odwołanie Zamawiający podtrzymał swoją dotychczasową decyzję i wniósł o oddalenie odwołania jako bezzasadnego.

Stwierdził, że odwołanie jest polemiką z wyjaśnieniami Przystępującego.

Zgodnie z art. 90 ust. 2 ustawy Prawo zamówień publicznych obowiązek wykazania prawidłowości ceny spoczywa na wykonawcy i Zamawiający nie udowadniał tego za Przystępującego, lecz odniósł się do przesłanek z art. 90 ust. 3 ustawy Prawo zamówień publicznych. Na podstawie udzielonych wyjaśnień Zamawiający po analizie stwierdził, iż nie ma podstaw do odrzucenia oferty zgodnie z tym przepisem.

Szacunkowa wartość zamówienia i ceny wskazane w ofertach nie korelują ze sobą, więc nie można podnosić tego argumentu jako podstawy odrzucenia oferty. Jeżeli wykonawca wykaże inne czynniki, niż wskazane w art. 90 ust. 1 ustawy Prawo zamówień publicznych, jak np. obsługa sąsiedniego miasta Otwock, Zamawiający może brać je pod uwagę. Wziął pod uwagę wszystkie okoliczności wskazane w wyjaśnieniach. Zamawiający nie kwestionuje dokonanych przez siebie oszacowań wartości zamówienia, lecz wskazuje, że nie musi ono znajdować odzwierciedlenia w cenach ofert. Z jego doświadczenia wynika, że wartości te rzadko się pokrywają. Co do wskazania realizacji w Otwocku miał na myśli, że wie, gdzie Przystępujący realizuje usługi i znaczenie ma, że wykonuje je bez problemu.

Wskazał na wyrok KIO 486/20, w którym stwierdzono, że nie muszą występować szczególne okoliczności w stosunku do wykonawcy, aby jego cenę uznać za prawidłową. Przystępujący stwierdził w wyjaśnieniach, że nawet po podwyżkach cen będzie osiągał zysk, co miało znaczenie dla Zamawiającego.

IV Stanowisko Przystępującego

Przystąpienie do postępowania odwoławczego po stronie Zamawiającego zgłosił M. B. prowadzący działalność gospodarczą pod nazwą PROGRES M. B. .

Przystępujący wniósł o oddalenie odwołania.

Stwierdził, iż odwołanie jest na wysokim poziomie ogólności, podczas gdy rozstrzygnięcie postępowania nastąpiło w konkretnych realiach.

Wskazał, iż w wyjaśnieniach odwołał się do wszystkich części oferty, gdyż część III od pozostałych różni się tylko tym,

że ma odebrać odpady z konkretnego miejsca (PSZOK). Poza tym zawiera szerszy katalog odpadów niż w części I i II. Zatem cena w części I powinna być wyższa niż w części III, ponieważ koszt zebrania odpadów od mieszkańców jest wyższy niż odebranie ich z jednego punktu. Te z odpadów z części II, których nie ma w części I i II, a które są cenotwórcze, to zużyte opony i odpady z budowy.

Opadów w części III nie jest dużo, ich koszt odbioru sprowadza się do zatrudnienia kierowcy i wykorzystania jednego pojazdu oraz kontenera, który jest w całości załadowywany na pojazd (jeden kontener podczas jednego kursu), a także wywiezienia ich do instalacji, z którą Przystępujący ma zawartą umowę. Trudno założyć, że Przystępujący chce realizować usługę ze stratą własną, zwłaszcza przy osobistej odpowiedzialności przedsiębiorcy. Zamawiający skorzystał z możliwości wybrania oferty tańszej, z ceną, za którą da się wykonać zamówienie.

Jeżeli Przystępujący realizuje odbiór odpadów w Otwocku, który jest większym miastem i daje sobie radę, a wcześniej realizował w Żąbkach, które również są większym miastem, i również dawał radę, to oznacza, że i to zamówienie jest w stanie zrealizować za oferowaną cenę.

Podkreślił, iż cenę należy rozpatrywać w stosunku do całości oferty. Wyjaśnił, iż w przedmiotowym zamówieniu część I była największa, a część II i III były jedynie uzupełnieniem.

Przystępujący stwierdził, iż przedmiotem odwołania jest część III, ale nie można abstrahować od części I i II zamówienia, gdyż są to tożsame odpady. Przystępujący nie mógł wiedzieć, którą część wygra, dlatego każdą skalkulował tak, by nie ponosić straty. Zamawiający ocenił sprawę racjonalnie, tj., że Przystępujący jest w stanie zamówienie wykonać za tę cenę. Zgadza się, że głównym czynnikiem kosztotwórczym jest koszt zagospodarowania odpadów, ale instalacja nie jest podwykonawcą w rozumieniu przepisów ustawy Prawo zamówień publicznych, a jedynie podwykonawcą faktycznym.

Wyjaśnienia złożone przez wykonawcę na wezwanie Zamawiającego również same w sobie stanowią środek dowodowy i nie zawsze muszą to być osobne dokumenty, aby można je uznać za dowód.

V Ustalenia Izby

Na wstępie Izba stwierdziła, że nie zachodzi żadna z przesłanek skutkujących odrzuceniem odwołania, opisanych w art. 189 ust. 2 ustawy Prawo zamówień publicznych, a Odwołujący ma interes we wniesieniu odwołania w rozumieniu art. 179 ust. 1 ustawy Prawo zamówień publicznych.

Izba ustaliła także, iż stan faktyczny postępowania w zakresie postawionych zarzutów (w szczególności treść oferty Przystępującego, treść wezwania do wyjaśnień i udzielonych wyjaśnień) nie jest sporny między Stronami i Przystępującym.

Po zapoznaniu się z przedmiotem sporu oraz argumentacją Stron i Przystępującego, w oparciu o stan faktyczny ustalony na podstawie dokumentów postępowania przetargowego przedstawionych przez Zamawiającego oraz stanowisk Stron i Przystępującego przedstawionych podczas rozprawy Izba ustaliła i zważyła, co następuje: odwołanie zasługuje na uwzględnienie.

Odwołujący zarzucił Zamawiającemu naruszenie art. 89 ust. 1 pkt 4 oraz art. 90 ust. 3 w zw. z art. 90 ust. 2 ustawy Prawo zamówień publicznych poprzez zaniechanie ich zastosowania i nieodrzućenie oferty Przystępującego w części III postępowania, pomimo że wykonawca ten nie wykazał, że jego oferta nie zawiera rażąco niskiej ceny, w szczególności nie udowodnił, że oferta nie zawiera rażąco niskiej ceny w stosunku do przedmiotu zamówienia. Zgodnie z art. 89 ust. 1 pkt 4 ustawy Prawo zamówień publicznych zamawiający odrzuca ofertę, jeżeli zawiera ona rażąco niską cenę lub koszt w stosunku do przedmiotu zamówienia.

Z kolei art. 90 ust. 3 ustawy Prawo zamówień publicznych stanowi, że zamawiający odrzuca ofertę wykonawcy, który nie udzielił wyjaśnień lub jeżeli dokonana ocena wyjaśnień wraz ze złożonymi dowodami potwierdza, że oferta zawiera rażąco niską cenę lub koszt w stosunku do przedmiotu zamówienia.

Ogólnie - cały art. 90 ustawy Prawo zamówień publicznych w kolejnych ustępach zawiera opis procedury wyjaśniania kwestii poziomu ceny oferty:

„1. Jeżeli zaoferowana cena lub koszt, lub ich istotne części składowe, wydają się rażąco niskie w stosunku do przedmiotu zamówienia i budzą wątpliwości zamawiającego co do możliwości wykonania przedmiotu zamówienia zgodnie z wymaganiami określonymi przez zamawiającego lub wynikającymi z odrębnych przepisów, zamawiający

zwraca się o udzielenie wyjaśnień, w tym złożenie dowodów, dotyczących wyliczenia ceny lub kosztu, w szczególności w zakresie: 1) oszczędności metody wykonania zamówienia, wybranych rozwiązań technicznych, wyjątkowo sprzyjających warunków wykonywania zamówienia dostępnych dla wykonawcy, oryginalności projektu wykonawcy, kosztów pracy, których wartość przyjęta do ustalenia ceny nie może być niższa od minimalnego wynagrodzenia za pracę albo minimalnej stawki godzinowej, ustalonych na podstawie przepisów ustawy z dnia 10 października 2002 r. o minimalnym wynagrodzeniu za pracę (Dz.U. z 2018 r.; 2) pomocy publicznej udzielonej na podstawie odrębnych przepisów; 3) wynikającym z przepisów prawa pracy i przepisów o zabezpieczeniu społecznym, obowiązujących w miejscu, w którym realizowane jest zamówienie; 4) wynikającym z przepisów prawa ochrony środowiska; 5) powierzenia wykonania części zamówienia podwykonawcy.

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

2. Obowiązek wykazania, że oferta nie zawiera rażąco niskiej ceny lub kosztu spoczywa na wykonawcy.

3. Zamawiający odrzuca ofertę wykonawcy, który nie udzielił wyjaśnień lub jeżeli dokonana ocena wyjaśnień wraz ze złożonymi dowodami potwierdza, że oferta zawiera rażąco niską cenę lub koszt w stosunku do przedmiotu zamówienia."

W przedmiotowym postępowaniu dla części III złożono trzy oferty z cenami złotych brutto: oferta Przystępującego - 295.910,33 zł, oferta Odwołującego - 477.999,36 zł, oferta trzeciego z wykonawców - 525.384,44 zł.

Według wyliczeń Zamawiającego, wskazanych w wezwaniu do wyjaśnień, cena oferty Przystępującego jest niższa o 32,11 % od ubruttowionej wartości szacunkowej zamówienia i 31,68 % od średniej arytmetycznej cen wszystkich złożonych ofert. Zamawiający uznał więc, że zachodzą podstawy wezwania Przystępującego do złożenia wyjaśnień, o których mowa w art. 90 ustawy Prawo zamówień publicznych.

W ofercie Przystępujący wypełnił tabelę wyceny, która dla części III obejmowała następujące odpady:

- 1.15 01 01 - opakowania z papieru i tektury - szacunkowa ilość odpadów przewidziana do odbioru i zagospodarowania w okresie trwania umowy w Mg 7,680 - cena jednostkowa za 1 Mg brutto 604,80 - wartość zamówienia brutto 4.644,86;
- 2.15 01 02, 15 01 04, 15 01 06 - opakowania z tworzyw sztucznych, metali, zmieszane odpady opakowaniowe - szacunkowa ilość odpadów przewidziana do odbioru i zagospodarowania w okresie trwania umowy w Mg 10,795 - cena jednostkowa za 1 Mg brutto 1.101,60 - wartość zamówienia brutto 11.891,77;
- 3.15 01 07 - opakowania ze szkła - szacunkowa ilość odpadów przewidziana do odbioru i zagospodarowania w okresie trwania umowy w Mg 11,880 - cena jednostkowa za 1 Mg brutto 507,60 - wartość zamówienia brutto 6.030,29;
- 4.16 01 03 - zużyte opony - szacunkowa ilość odpadów przewidziana do odbioru i zagospodarowania w okresie trwania umowy w Mg 18,960 - cena jednostkowa za 1 Mg brutto 507,60 - wartość zamówienia brutto 9.624,10;
- 5.17 09 04 - zmieszane odpady z budowy, remontów i demontażu - szacunkowa ilość odpadów przewidziana do odbioru i zagospodarowania w okresie trwania umowy w Mg 135,880 - cena jednostkowa za 1 Mg brutto 410,40 - wartość zamówienia brutto 55.765,15;
- 6.20 01 08 - odpady kuchenne ulegające biodegradacji - szacunkowa ilość odpadów przewidziana do odbioru i zagospodarowania w okresie trwania umowy w Mg 118,570 - cena jednostkowa za 1 Mg brutto 756,00 - wartość zamówienia brutto 89.638,92;
- 7.20 01 10, 20 01 11 - odzież i tekstylia - szacunkowa ilość odpadów przewidziana do odbioru i zagospodarowania w okresie trwania umowy w Mg 0,500 - cena jednostkowa za 1 Mg brutto 507,60 - wartość zamówienia brutto 253,80;
- 8.20 01 32 - leki - szacunkowa ilość odpadów przewidziana do odbioru i zagospodarowania w okresie trwania umowy w Mg 0,040 - cena jednostkowa za 1 Mg brutto 1.004,40 - wartość zamówienia brutto 40,18;
- 9.20 01 23*, 20 01 35*, 20 01 36* - zużyte urządzenia elektryczne i elektroniczne - szacunkowa ilość odpadów przewidziana do odbioru i zagospodarowania w okresie trwania umowy w Mg 6,280 - cena jednostkowa za 1 Mg brutto

907,20 - wartość zamówienia brutto 5.697,22;

10.20 01 34 - baterie i akumulatory - szacunkowa ilość odpadów przewidziana do odbioru i zagospodarowania w okresie trwania umowy w Mg 0,055 - cena jednostkowa za 1 Mg brutto 810,00 - wartość zamówienia brutto 44,55;

11.20 01 99 - inne niewymienione frakcje zbierane w sposób selektywny - szacunkowa ilość odpadów przewidziana do odbioru i zagospodarowania w okresie trwania umowy w Mg 0,010 - cena jednostkowa za 1 Mg brutto 1.004,40 - wartość zamówienia brutto 10,04;

12.20 02 01 - odpady ulegające biodegradacji - szacunkowa ilość odpadów przewidziana do odbioru i zagospodarowania w okresie trwania umowy w Mg 6,420 - cena jednostkowa za 1 Mg brutto 907,20 - wartość zamówienia brutto 5.824,22;

13.20 03 07 - odpady wielkogabarytowe - szacunkowa ilość odpadów przewidziana do odbioru i zagospodarowania w okresie trwania umowy w Mg 62,380 - cena jednostkowa za 1 Mg brutto 1.706,40 - wartość zamówienia brutto 106.445,23.

Zamawiający wezwał Odwołującego do złożenia wyjaśnień, o których mowa w art. 90 ustawy Prawo zamówień publicznych, zwracając się o „udzielenie wyjaśnień, w tym złożenie dowodów, dotyczących elementów oferty mających wpływ na wysokość ceny, w szczególności (uwzględnić w zakresie odnoszącym się)” - tu wskazał na okoliczności wymienione w art. 90 ust. 1 ustawy Prawo zamówień publicznych - gdyż „cena złożonej przez Państwa oferty wydaje się rażąco niska w stosunku do przedmiotu zamówienia i budzi wątpliwości Zamawiającego co do możliwości wykonania przedmiotu zamówienia zgodnie z wymaganiami określonymi w SIWZ przez Zamawiającego ze względu na fakt, iż cena omawianej oferty jest niższa o 32,11 % od wartości szacunkowej brutto i 31,68 % od średniej arytmetycznej cen wszystkich złożonych ofert”.

Przystępujący w odpowiedzi wskazał, że:

- 1.całociowa cena oferty nie stanowi rażąco niskiej ceny, gdyż zaproponowane ceny są porównywalne, a w niektórych punktach wyższe od proponowanych przez niego w dwóch pierwszych częściach,
- 2.wykonywał podobną usługę dla Urzędu Miasta Ząbki osiągając dochód w przewidywanej i zadawalającej wysokości, a usługa była wykonywana należycie,
- 3.w ofercie uwzględnił podwyżki cen, jakie miały miejsce na początku roku, oraz podwyżki cenowe, jakie jeszcze mogą w tym roku wystąpić, przewidywane podwyżki nie będą przeszkadzały w zapewnieniu oczekiwanego zysku,
- 4.w przypadku zbyt wysokich podwyżek jest w stanie zapewnić transport odpadów do instalacji oddalonych o 200-300 km,
- 5.obecnie obsługuje Miasto Otwock i jest w stanie zwiększyć liczbę potrzebnych pojazdów, przy wykorzystaniu pracowników już zatrudnionych, co wiąże się z mniejszym nakładem pracowników potrzebnych do koordynacji i obsługi klienta,
- 6.przygotowując się do zlecenia w Otwocku zakupił trzy dodatkowe pojazdy, które przy wzroście cen warszawskich instalacji zostaną wykorzystane do transportu odpadów z Celestynowa,
- 7.obecnie jest małą firmą, która nie potrzebuje dużych nakładów utrzymania, zatem jest konkurencją dla większych firm,
- 8.posiada stałą kadrę pracowniczą oraz doświadczenie w zakresie odbioru i transportu odpadów komunalnych od mieszkańców nieruchomości z Ząbek i Otwocka,
- 9.istotnym czynnikiem mającym wpływ na wysokość ceny w złożonej ofercie jest posiadanie zbiornika na paliwo na terenie bazy transportowej, gdyż koszt zatankowania pojazdu na stacjach wynosi średnio 10% więcej niż koszt tankowania ze zbiornika, a także pojazd i kierowca nie poświęcają czasu na dojazd i kolejki na stacjach paliw - załączył dowód posiadania zbiornika na paliwo,
- 10.nie przewiduje korzystania z pomocy publicznej udzielonej na podstawie odrębnych przepisów oraz wynikającej z przepisów prawa pracy i przepisów o zabezpieczeniu społecznym, obowiązujących w miejscu, w którym realizowane jest zamówienie,
- 11.nie ponosi dodatkowego nakładu finansowego w zakresie prowadzenia ewidencji odpadów oraz znajomości regulacji prawnych w zakresie ochrony środowiska, ponieważ posiada takie zaplecze z tytułu innych umów,
- 12.nie zamierza korzystać z podwykonawców, co generuje koszty wykonania zamówienia,
- 13.nie wynajmuje sprzętu ani zaplecza technicznego - są one własnością Przystępującego, co również może mieć

wpływ na wysokość zaproponowanej ceny,

14. wskazane powyżej oszczędności i metody znacząco wpłynęły na wysokość proponowanej ceny za wykonanie zamówienia,

15. jest w stanie należycie wykonać zlecenie za zaoferowaną cenę.

Pełną treść wezwania do wyjaśnień i udzielonych wyjaśnień zawarto w punkcie I uzasadnienia.

Po zapoznaniu się z powyższymi wyjaśnieniami Izba uznała, że postępowanie Zamawiającego w zakresie odrzucenia oferty Odwołującego w oparciu o dyspozycję art. 90 ust. 3 ustawy Prawo zamówień publicznych nie było prawidłowe, a argumentacja przedstawiona przez Odwołującego zasługuje na uwzględnienie.

Zamawiający wezwał Przystępującego do przedstawienia wyjaśnień dotyczących zaoferowanej przez niego ceny. Wezwania tego nie można uznać za idealne, gdyż Zamawiający nie zawarł w swoim wezwaniu żadnych dokładniejszych wytycznych co do zakresu wyjaśnień odnosząc się czy to do pozycji z tabeli wyceny oferty, czy też elementów składających się na odbiór i zagospodarowanie odpadów (koszt odbioru, koszt zagospodarowania, inne koszty) - odwołał się głównie do punktów wskazanych w art. 90 ust.

1 ustawy Prawo zamówień publicznych oraz wskazał na „udzielenie wyjaśnień, w tym złożenie dowodów, dotyczących elementów oferty mających wpływ na wysokość ceny”. Wezwanie było jednak na tyle czytelne, że nie zwalnia wezwanego wykonawcy z obowiązku wykazania, że oferta nie zawiera rażąco niskiej ceny, który to obowiązek nakłada art. 90 ust.

2 ustawy Prawo zamówień publicznych.

Wezwany wykonawca, oprócz odniesienia się do okoliczności wskazanych w art. 90 ust. 1 pkt 1-5 ustawy Prawo zamówień publicznych, tj.: oszczędności metody wykonania zamówienia, wyjątkowo sprzyjających warunków wykonywania zamówienia, minimalnego wynagrodzenia za pracę, pomocy publicznej, powierzenia wykonania części zamówienia podwykonawcy (jeśli zadeklarował wykonanie zamówienia z udziałem podwykonawcy) - które w większości nie muszą go dotyczyć - powinien przede wszystkim odnieść się do kalkulacji własnej ceny ofertowej. Zresztą także odnosząc się do wyżej wskazanych elementów z art. 90 ust. 1 ustawy Prawo zamówień publicznych - jeśli w danym przypadku któreś z nich dotyczą jego oferty - powinien odnieść się do kalkulacji własnej ceny ofertowej.

Przystępujący zaś tego w żaden sposób nie zrobił. Przedstawione przez niego w złożonym piśmie informacje trudno w jakikolwiek sposób przełożyć na cenę oferty, a tym samym ocenić poziom tej ceny. W ocenie Izby są one jedynie ogólnikowe i niczego nie wnoszą w zakresie informacji na temat wyceny, mogłyby stanowić jedynie generalny wstęp do wyjaśnień, które nie mogły obyć się bez wskazania obliczeń, a w samych wyjaśnieniach zabrakło właśnie elementu wyceny usługi czy jakichkolwiek danych kosztowych.

W tym przypadku bowiem prawidłowe wyjaśnienia powinny polegać przede wszystkim na przedstawieniu danych analitycznych, takich jak:

1. koszty transportu odpadów w tym: a) odległość z bazy wykonawcy, w której parkuje pojazd/pojazdy do odbioru odpadów do PSZOK - z PSZOK do instalacji, w której zostaną one odebrane do zagospodarowania - z instalacji do bazy wykonawcy, w której parkuje pojazd/pojazdy, b) koszt paliwa na obsługę powyższego kursu, c) wynagrodzenie kierowcy/kierowców pojazdów i innych osób związanych bezpośrednio z odbiorem (jeśli występują) - co najmniej w zakresie roboczogodzin związanych z powyższym kursem, jeśli w ramach swojego wynagrodzenia obsługują więcej niż jedną umowę,

2. koszt zagospodarowania odpadów w instalacji/instalacjach według stawki umówionej z daną instalacją oraz opłaty marszałkowskiej i innych ewentualnych opłat administracyjnych, jeśli nie są one ujęte w stawce instalacji,

3. ewentualne koszty zakupu lub najmu pojemników i kontenerów, ich utrzymania w czystości itp.,

4. koszty ogólne - obejmujące m.in. wynagrodzenie pracowników biurowych związanych z obsługą zamówienia (np. sprawozdawczość, księgowość, kontakt z Zamawiającym) co najmniej w zakresie roboczogodzin związanych z obsługą umowy z Zamawiającym, jeśli w ramach swojego wynagrodzenia obsługują więcej niż jedną umowę lub wykonują też inne prace dla pracodawcy, a także podatki, ubezpieczenie pojazdów, koszt ich leasingu, amortyzacji, napraw itd., ubezpieczenie OC i NW wykonawcy itp.,

5.ryzyko - m.in. związane ze wzrostem cen i wynagrodzeń,

6.przewidywany zysk.

Wykonawca może tu wybrać, czy obliczeń dokona w stosunku do kursu, kontenera, czy wagi odbieranych odpadów - odnosząc to jednak końcowo do ceny jednostkowej, aby Zamawiający był w stanie porównać wyjaśnienia z zaproponowaną ceną. Podobnie uwzględniając, czy dane frakcje będą odbierane w ramach jednego kursu, czy wielu - w stosunku do wielkości frakcji, częstotliwości jej odbioru i innych wymagań Zamawiającego. W razie konieczności (szczególnie w związku z częstotliwością odbioru poszczególnych frakcji, odmienną ceną ich zagospodarowania lub transportem do innych instalacji), wycena powinna być przedstawiona w stosunku do każdej lub niektórych pozycji osobno.

Przystępujący w ofercie wskazał trzy instalacje komunalne, do których będzie przekazywał odpady, zatem co do zasady to one powinny zostać ujęte w obliczeniach, a nie jakieś inne, nieokreślone instalacje. Zresztą tu należy przyznać rację Odwołującemu - jeśli Przystępujący zamierza transportować odpady do innych, odległych instalacji, to koszt tego transportu powinien zostać ujęty w wycenie. A także instalacje te nie mogą być niezgodne z wymaganiami zawartymi w specyfikacji istotnych warunków zamówienia.

Powyższe powinno być poparte dowodami, jakkolwiek najczęściej w odniesieniu do stawek, które mogą budzić wątpliwości ze względu na to, że odbiegają od stawek ogólnych, np. cena paliwa czy wynagrodzenie pracowników niższe niż ogólnorynkowe, koszt zagospodarowania po stawce niższej niż cennik danej, wskazanej instalacji.

W przypadku sporządzenia szczegółowej kalkulacji, Zamawiający może wezwać wykonawcę o przedstawienie konkretnych dowodów na konkretną okoliczność, która wzbudzi jego wątpliwości - to zależy jednak od danej sytuacji i zakresu wskazania w pierwotnym wezwaniu zamawiającego.

Na marginesie Izba stwierdza, że na gruncie wyjaśnień ceny nie ma znaczenia, czy instalacja komunalna zostanie zakwalifikowana jako podwykonawca w rozumieniu art. 2 pkt 9b ustawy Prawo zamówień publicznych, ponieważ Przystępujący i tak musiałby ponieść koszt oddania odpadów do instalacji, czyli koszt ten należało ująć w wycenie.

Nie ma też znaczenia, jakie ceny zostały zaoferowane w części I i II, ponieważ nie są to ceny oficjalnie referencyjne, tylko ich poziom należałoby zbadać w podobny sposób jak cen z części III. Nie mają też one nic wspólnego z cenami z części III - tu koszty wykonania zamówienia ponosi się osobno i są one inne. Jako ceny jednostkowe nie są też niższe niż ceny z części III (poza odpadami o kodzie 15 01 01 i 15 01 07).

Tym samym - z braku danych - Zamawiający powinien przyjąć, że spełniła się pierwsza przesłanka z art. 90 ust. 3 ustawy Prawo zamówień publicznych i wyjaśnienia *de facto* nie zostały złożone - pismo Przystępującego niczego bowiem nie wyjaśniło. Tym samym Zamawiający nie jest w stanie dokonać oceny - co więcej: pozytywnej oceny - oferty Przystępującego na podstawie złożonych wyjaśnień, tym samym nastąpiła również druga z przesłanek odrzucenia wskazanych w art. 90 ust. 3 ustawy Prawo zamówień publicznych, bowiem w takim wypadku ocena może być tylko negatywna.

Takiej (pozytywnej) oceny nie może dokonać również Izba. Udzielone przez Odwołującego wyjaśnienia powinny potwierdzić, że złożona oferta jest rzetelnie przygotowana, a cena prawidłowo oszacowana. Przystępujący w żaden sposób tego nie uczynił. Zatem, o ile Izba nie stwierdziła, że zachodzi przesłanka odrzucenia oferty z art. 89 ust. 1 pkt 4 ustawy Prawo zamówień publicznych (nie ma bowiem danych wystarczających do stwierdzenia, że cena jest rażąco niska), o tyle uznała, że zachodzą przesłanki odrzucenia z art. 90 ust. 3 ustawy Prawo zamówień publicznych - bowiem nie ma także danych wystarczających do stwierdzenia, że cena nie jest rażąco niska, a Przystępujący nie udzielił w tym zakresie stosownych wyjaśnień.

Ustawa Prawo zamówień publicznych zawiera dwukrotne odesłanie do sankcji odrzucenia oferty w związku z rażąco niską ceną - art. 89 ust. 1 pkt 4 i art. 90 ust. 3 ustawy Prawo zamówień publicznych. Pierwszy z nich zawiera bardziej kategoryczne stwierdzenie (wystąpienia rażąco niskiej ceny), drugi zaś jest bardziej formalno-proceduralny i wskazuje na brak złożenia wyjaśnień oraz ich negatywną ocenę przez zamawiającego lub brak możliwości dokonania oceny pozytywnej, co w konsekwencji również skutkuje oceną negatywną. Ma on także funkcję ochronną w stosunku do zamawiającego i pozostałych wykonawców, aby uniknąć impasu związanego z brakiem stosownych wyjaśnień

pozwalających na ocenę oferty wezwanego wykonawcy.

W przepisie art. 90 ust. 3 ustawy Prawo zamówień publicznych wskazano bowiem, że zamawiający odrzuca ofertę wykonawcy, który nie udzielił wyjaśnień lub jeżeli dokonana ocena wyjaśnień wraz ze złożonymi dowodami potwierdza, że oferta zawiera rażąco niską cenę lub koszt w stosunku do przedmiotu zamówienia.

Przy czym - na co wskazuje liczne orzecznictwo Izby - nieudzieleniem wyjaśnień, o którym mowa w tym przepisie, jest nie tylko brak reakcji wykonawcy na wezwanie zamawiającego, ale też co prawda przedstawienie pisma typu „wyjaśnienia”, lecz nie zawierające żadnych szczególnych merytorycznych informacji i danych (tzw. „merytorycznej treści”) - przy czym w zależności od rozmiaru braku owych informacji i danych konkretną sytuację albo uznaje się za brak złożenia wyjaśnień w ogóle, albo za brak wykazania prawidłowości zaoferowanej ceny pozwalającej na pozytywną ocenę przez zamawiającego, czyli niedopełnienie obowiązku wykazania, że oferta nie zawiera rażąco niskiej ceny, o którym mowa w art. 90 ust. 2 ustawy Prawo zamówień publicznych.

Jednocześnie, ze względu na brak merytorycznej treści wyjaśnień, w tym stanie faktycznym ponowne wezwanie Przystępującego do wyjaśnień byłoby naruszeniem zasady uczciwej konkurencji i równego traktowania wykonawców. Wezwanie to nie polegałoby bowiem jedynie na uzupełnieniu (uszczegółowieniu) wyjaśnień lub wyjaśnieniu dodatkowych elementów albo przedłożeniu konkretnych dowodów, lecz - aby wyjaśnienia w ogóle mogły być zaakceptowane - musiałyby polegać na złożeniu kompletnie nowych wyjaśnień. Przystępujący otrzymał szansę wyjaśnienia swojej oferty w zakresie ceny, lecz jej nie wykorzystał.

Jak wynika z art. 180 ust. 1 ustawy Prawo zamówień publicznych, który odnosi się do „niezgodnej z przepisami ustawy czynności zamawiającego” (lub zaniechania) Izba ocenia poprawność czynności zamawiającego w postępowaniu o udzielenie zamówienia publicznego. W niniejszym przypadku, w ocenie Izby, na podstawie tak udzielonych wyjaśnień, Zamawiający nie mógł dokonać pozytywnej ich oceny, jak i w konsekwencji - samej oferty.

W związku z powyższym Izba uznała, że Zamawiający powinien odrzucić ofertę Przystępującego dla części III na podstawie art. 90 ust. 3 ustawy Prawo zamówień publicznych i orzekła jak w sentencji oddalając odwołanie.

O kosztach postępowania odwoławczego orzeczono na podstawie art. 192 ust. 9 i 10 ustawy Prawo zamówień publicznych, stosownie do wyniku postępowania, zgodnie z § 1 ust. 1 pkt 2, § 3 i § 5 ust. 2 pkt 1 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 (t.j. Dz. U. z 2018 r., poz. 972), uwzględniając uiszczony przez Odwołującego wpis w wysokości 15.000 złotych oraz koszt wynagrodzenia pełnomocnika w kwocie 3.600 złotych.

Przewodniczący: