Sygn. akt: KIO 2837/21
KIO 2845/21

WYROK

z dnia 25 października 2021 r.

Krajowa Izba Odwoławcza - w składzie:

Przewodniczący: Izabela Niedziałek-Bujak

Protokolant: Adam Skowroński

po rozpoznaniu na rozprawie w dniu 20 października 2021 r. w Warszawie odwołań wniesionych do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej:

A) w dniu 27 września 2021 r. przez Odwołującego - AG-COMPLEX Spółka z ograniczoną odpowiedzialnością, ul. Płytowa 14, 03-046 Warszawa (sygn. akt KIO 2837/21);

B) w dniu 27 września 2021 r. przez Odwołującego - Remondis Spółka z ograniczoną odpowiedzialności, ul. Zawodzie 18, 02-981 Warszawa (sygn. akt KIO 2845/21);

w postępowaniu prowadzonym przez Zamawiającego - Miasto Stołeczne Warszawa, Zarząd Oczyszczania Miasta, Al. Jerozolimskie 11/19, 00-508 Warszawa

przy udziale

Wykonawcy Polsuper Spółka z ograniczoną odpowiedzialnością, ul. Krakowskie Przedmieście 4, 00-333 Warszawa zgłaszającego przystąpienie do postępowania odwoławczego o sygn. akt: KIO 2837/21, KIO 2845/21, KIO po stronie Odwołującego

Wykonawcy RAFDAR Spółka z ograniczoną odpowiedzialnością, ul. Głogowska 31/33, 60-702 Poznań zgłaszającego przystąpienie do postępowania odwoławczego o sygn. akt KIO 2837/21 po stronie Zamawiającego

Wykonawcy J.J. prowadzący działalność gospodarczą pod firmą Zielony Świat J.J., Budykiesz 6A, 07-308 Poręba zgłaszającego przystąpienie do postępowania odwoławczego o sygn. akt KIO 2837/21, KIO 2845/21 po stronie Zamawiającego

Wykonawcy D.M. prowadzący działalność gospodarczą pod firmą D.M., Stary Mystkówiec 55, 07-206 Somianka zgłaszającego przystąpienie do postępowania odwoławczego o sygn. akt KIO 2845/21 po stronie Zamawiającego

Wykonawcy T.Ś. prowadząca działalność gospodarczą pod firmą T.Ś. TESTA, ul. Wańkowicza 4/116 zgłaszającego przystąpienie do postępowania odwoławczego o sygn. KIO 2845/21 po stronie Zamawiającego

orzeka:

1

A. Oddala odwołanie wniesione przez AG-COMPLEX Spółka z ograniczoną

odpowiedzialnością z siedzibą w Warszawie (sygn. akt KIO 2837/21).

B. Oddala odwołanie wniesione przez Remondis Spółka z ograniczoną odpowiedzialności z siedzibą w Warszawie (sygn. akt KIO 2845/21).

2. Kosztami postępowania odwoławczego obciąża Odwołującego AG-COMPLEX Sp. z o.o. z siedzibą w Warszawie (sygn. akt KIO 2837/21) oraz Odwołującego Remondis Sp. z o.o. z siedzibą w Warszawie (sygn. akt KIO 2845/21) i:

2.1 zalicza w poczet kosztów postępowania odwoławczego kwotę 30.000 zł 00 gr. (słownie: trzydzieści tysięcy złotych zero groszy) uiszczoną przez Odwołujących tytułem wpisu od odwołań, w tym:

2.1.1 kwotę 15.000 zł 00 gr. (słownie: piętnaście tysięcy złotych zero groszy) uiszczoną przez Odwołującego AG-COMPLEX Sp. z o.o. z siedzibą w Warszawie (sygn. akt KIO 2837/21);

2.1.2 kwotę 15.000 zł 00 gr. (słownie: piętnaście tysięcy złotych zero groszy) uiszczoną

przez Odwołującego - Remondis Sp. z o.o. z siedzibą w Warszawie (sygn. akt

KIO 2845/21);

Stosownie do 580 ust. 1 ustawy z dnia 11 września 2019 r. - Prawo Zamówień Publicznych (Dz. U. 2021 r. poz. 1129 ze zm.) na niniejszy wyrok - w terminie 14 dni od dnia jego doręczenia - przysługuje skarga za pośrednictwem Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej do

Sądu Okręgowego w Warszawie.

Przewodniczący: .....

Sygn. akt: KIO 2837/21
KIO 2845/21

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

W postępowaniu prowadzonym w trybie podstawowym przez Zamawiającego - Zarząd Oczyszczania Miasta na ręczne oczyszczanie na terenie m.st. Warszawy (nr postępowania: ZOM/KP/18/21), ogłoszonym w Dzienniku Urzędowym Wspólnot Europejskich 15 maja 2021 r., 2021/S 092-238684, wobec zaniechania odtajnienia w całości wyjaśnień w zakresie rażąco niskiej ceny złożonych przez Rafdar Sp. z o.o. (rejon VI), Testa T.Ś. (rejon VI), Zielony Świat J.J. (rejon VIII), zaniechania odrzucenia tych ofert, a także oceny i wyboru ofert najkorzystniejszych na rejon VII, wniesione zostały 27 września 2021 r. do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej odwołania wykonawców: AG-COMPLEX Sp. z o.o. z siedzibą w Warszawie (sygn. akt KIO 2837/21), Remondis Sp. z o.o. z/s w Warszawie (sygn. akt KIO 2845/21) zwani dalej Odwołującymi.

Odwołujący w sprawie sygn. akt KIO 2837/21 zarzucił Zamawiającemu:

naruszenia przepisów ustawy Pzp polegające na:

1. naruszeniu art. 18 ust. 3 ustawy Pzp poprzez zaniechanie odtajnienia w całości złożonych przez wykonawców: Rafdar Sp. z o.o. (rejon VI), Testa T.Ś. (rejon VI) oraz

Zielony Świat J.J. (rejon VIII) wyjaśnień w zakresie rażąco niskiej ceny z uwagi na fakt, iż wykonawcy nie wykazali, że zastrzeżone informacje stanowią tajemnicę przedsiębiorstwa;

2. art. 224 ust. 6 ustawy Pzp poprzez uznanie, że złożone przez wykonawców: Rafdar Sp. z o.o. (rejon VI), Testa T.Ś. (rejon VI) oraz Zielony Świat J.J. (rejon VIII) wyjaśnienia w zakresie rażąco niskiej ceny są wystarczające i potwierdzają, że oferty nie zawierają rażąco niskiej ceny;

3. art. 226 ust. 1 pkt 8 ustawy Pzp w zw. z art. 15 ust. 1 pkt 1 ustawy o zwalczaniu nieuczciwej konkurencji poprzez zaniechanie odrzucenia oferty wykonawców: Rafdar Sp. z o.o. (rejon VI), Testa T.Ś. (rejon VI) oraz Zielony Świat J.J. (rejon VIII) z uwagi na fakt, iż oferty zawierają rażąco niską cenę, a ich złożenie stanowi czyn nieuczciwej konkurencji;

4. art. 224 ust. 1 ustawy Pzp poprzez zaniechanie jego zastosowania w stosunku do oferty złożonej przez Przedsiębiorstwo Usługowe A.O. (rejon VIII) i odstąpienie od wezwania wykonawcy do złożenia wyjaśnień w zakresie rażąco niskiej ceny;

5. art. 16 ust. 1 ustawy Pzp poprzez naruszenie zasad zachowania uczciwej konkurencji oraz równego traktowania wykonawców w przedmiotowym postępowaniu;

Odwołujący wniósł o uwzględnienie odwołania w całości i nakazanie Zamawiającemu unieważnienie czynności wyboru oferty najkorzystniejszej oraz badania i oceny ofert w części nr VI i VIII, nakazanie odtajnienia w całości wyjaśnień złożonych przez wykonawców: Rafdar Sp. z o.o. (rejon VI), Testa T.Ś. (rejon VI) oraz Zielony Świat J.J. (rejon VIII), nakazanie wezwania wykonawcy Przedsiębiorstwo Usługowe A.O. do złożenia wyjaśnień w zakresie rażąco niskiej ceny, odrzucenie ofert wykonawców: Rafdar Sp. z o.o. (rejon VI), Testa T.Ś. (rejon VI) oraz Zielony Świat J.J. (rejon VIII), powtórzenie czynności oceny ważnych ofert i dokonanie wyboru oferty Odwołującego w częściach VI i VIII. Na rozprawie Odwołujący cofnął zarzut naruszenia art. 224 ust. 1 ustawy Pzp poprzez zaniechanie jego zastosowania w stosunku do oferty złożonej przez Przedsiębiorstwo Usługowe A.O. (rejon VIII) - z pkt 4 odwołania.

Po przeprowadzonej w dniu 17.09.2021 r. aukcji Zamawiający dokonał wyboru oferty najkorzystniejszej na zadania: nr VI - wykonawcy Rafdar Sp. z o.o. (cena 1.389.000,00 zł brutto), nr VIII - wykonawcy Zielony Świat J.J. (cena 5.398.999,00 zł brutto).

Na część VI zamówienia złożonych zostało 13 ofert, a na część VIII - 9 ofert. Zamawiający zamierza przeznaczyć na realizację zamówienia kwotę: 1.778.847,21 zł, (część VI) i 6.289.548,96 zł (część VIII).

Zdaniem Odwołującego wskazani powyżej wykonawcy nie wykazali w sposób należyty, iż wyjaśnienia w zakresie rażąco niskiej ceny stanowią tajemnicę przedsiębiorstwa. Nie można bowiem uznać za skuteczne zastrzeżenie jawności wyjaśnień jedynie w celu uniemożliwienia innym wykonawcom weryfikacji ich prawidłowości, bez względu na rzeczywiste spełnienie

przesłanek umożliwiających zastrzeżenie informacji, jako tajemnicy przedsiębiorstwa, zaś

utrzymanie przez Zamawiającego takiego zastrzeżenia stanowi rażące naruszenie nie tylko art. 8 ustawy Pzp, ale również zasady równego traktowania wykonawców i poszanowania

zasad uczciwej konkurencji.

Uzasadnienie przedstawione przez wykonawców jest ogólnikowe i nie potwierdza zasadności dokonania zastrzeżenia, a w szczególności nie zostały przedstawione dowody potwierdzające podjęcie kroków w celu zachowania poufności konkretnych informacji objętych zastrzeżeniem.

W ocenie Odwołującego wyjaśnienia powinny zostać odtajnione.

W ocenie Odwołującego ceny zaproponowane w trakcie aukcji przez Rafdar Sp. z o.o. (rejon

VI), Testa T.Ś. (rejon VI) oraz Zielony Świat J.J. (rejon VIII) są cenami nierynkowymi .

Nie mając dostępu do wyjaśnień cen dla rejonu VIII Odwołujący dokonał porównania stawek

jednostkowych tych wykonawców i wartości kosztorysowych, z którego wynikać ma, iż zamówienie może być wykonane ze stratą - prezentowane w tabelach objętych tajemnicą przedsiębiorstwa (porównanie stawek, składników kosztowych ofert, robocizny, sprzętu, materiałów i utylizacji).

AG-Complex Sp. z o.o. koszty robocizny wyliczyło na 4.599.367,92 zł netto.

J.J. nie uwzględnił kosztu skrzynek na piasek w ilości 279 szt. (koszt zakupu to ok. 114.000,00 zł). Nie określił również jednoznacznie lokalizacji bazy, a przyjmując jaka bazę miejscowość Budykiesz oddaloną od miejsca wykonania usługi o 80 km, zwiększa to znaczenie koszty paliwa związane z dojazdem, czego nie wykazano w wyjaśnieniach.

Według kalkulacji Odwołującego strata wyniesie w przypadku ofert J.J. - 486.932,60 zł, na potwierdzenie czego Odwołujący załączył dowody, tj. faktury zakupu paliwa, soli, piasku, skrzyń (tajemnica przedsiębiorstwa), kopie umowy konsorcjum Polsuper Sp. z o.o. i AG-Complex Sp. z o.o. (tajemnica przedsiębiorstwa), referencje z dzielnicy Bielany i Praga Południe, trasy dojazdu.

W ten sam sposób Odwołujący odniósł się do wyjaśnień ceny zaproponowanych w ofertach Rafdar Sp. z o.o. i T.Ś. - metoda porównawcza stawek jednostkowych i wartości, robocizny, sprzętu, materiału i utylizacji, kosztów ogólnych i potencjalnego zysku/straty (stanowiące tajemnicę przedsiębiorstwa).

Wykonawca Rafdar Sp. z o.o. nie podał w wyjaśnieniach miejsca magazynów, dyspozytorni, itp. potrzebnych do realizacji zamówienia, co uniemożliwia określenie kosztów paliwa związanych z dojazdem. Dojazd z Poznania do realizacji prac w Warszawie jest niewykonalny.

Odwołujący wyliczył koszt robocizny na kwotę 1.029.852,19 zł netto, a wykonawca Rafdar Sp. z o.o. na kwotę 860.763,85 zł netto (929.624,96 zł brutto).

Według wyliczeń Odwołującego strata obu wykonawców wyniesie odpowiednio: Rafdar - 102.481,26 zł, Testa - 23.089,79 zł., a zatem obie oferty powinny zostać odrzucone.

Do postępowania odwoławczego przystąpił po stronie Odwołującego wykonawca Polsuper Sp. z o.o. z siedzibą w Warszawie, a po stronie Zamawiającego wykonawcy: Rafdar Sp. z o.o. z siedzibą w Poznaniu, J.J. (Zielony Świat J.J.).

Odwołujący w sprawie sygn. akt KIO 2845/21 zarzucił Zamawiającemu naruszenie przepisów Ustawy, tj. art. 224 ust. 1 i 4 Pzp w zw. z art. 16 pkt 1 i 2 Pzp poprzez zaniechanie wezwania wykonawców: Zielony Świat J.J., Testa T.Ś., W.F. Usługi Transportowe, Porządkowe, Ogrodnicze, D.M. oraz Polsuper Sp. z o.o. do złożenia wyjaśnień w zakresie wyliczenia ceny i jej istotnych części składowych, w sytuacji gdy ceny ofertowe i ich istotne części składowe (ceny jednostkowe) wydają się rażąco niskie w stosunku do przedmiotu zamówienia i budzą wątpliwości co do możliwości wykonania za nie przedmiotu zamówienia zgodni z wymaganiami określonymi przez Zamawiającego w dokumentach zamówienia oraz przepisami, o których mowa w art. 224 ust. 3 pkt 4 i 6 Pzp.

Odwołujący wniósł o uwzględnienie odwołania, nakazanie Zamawiającemu unieważnienie czynności wyboru oferty najkorzystniejszej na część VII zamówienia, dokonania powtórnej czynności badania i oceny ofert, wezwania wykonawców: Zielony Świat J.J., Testa T.Ś., W.F. Usługi Transportowe, Porządkowe, Ogrodnicze, D.M. oraz Polsuper Sp. z o.o. do złożenia wyjaśnień, w tym dowodów dotyczących wyliczenia ceny ofertowej i cen jednostkowych, dokonania wyboru oferty najkorzystniejszej.

Wprawdzie wobec ofert tych wykonawców nie wystąpiły przesłanki, o których mowa w art. 224 ust. 2 Pzp, to podstawą do wezwania o wyjaśnienia powinien być art. 224 ust. 1 Pzp. Ceny zaoferowane powinny wzbudzić wątpliwości Zamawiającego w odniesieniu do ceny całkowitej, jak i istotnej części składowej, tj. ceny jednostkowej za „wywiezienie 1 m^3

zanieczyszczeń” (CWZ).

Po aukcji ceny jednostkowe powinny zostać obniżone nie mniej niż o taki % o jaki została obniżona cena oferty po aukcji (pkt XIV.5 swz). Oferty sześciu innych wykonawców znacząco przewyższają ceny wskazanych ofert, co budzi wątpliwości rynkowości zaoferowanych cen. Wykonawcy ci byli wzywaniu do złożenia wyjaśnień w zakresie innych części zamówienia, w których zaoferowano wyższe ceny, w tym również stawkę CWZ, co budzi uzasadnione wątpliwości co możliwości wykonania przedmiotu zamówienia.

Minimalny koszt realizacji zamówienia, jaki należało uwzględnić w cenie Odwołujący wyliczył na kwotę 5.696.100,00 zł brutto (pomijając zysk i koszty stałe), co przekracza kwoty cen tych ofert. Kwotę tą oszacował Odwołujący na podstawie minimalnego wynagrodzenia obowiązującego w 2021 r., podczas gdy w kalkulacji należało uwzględnić wzrost tego wynagrodzenia w roku 2022.

Według Odwołującego realizacja prac po stawkach ustalonych po aukcji nie jest możliwa, a rynkowy poziom stawek jest znacząco wyższy. Odwołujący dalej odniósł się do swojej szczególnej pozycji na rynku pozwalającej na obniżenie ceny w stopniu niedostępnym dla innych wykonawców. Na tej podstawie wskazał, iż pozostali Wykonawcy powinni być wezwani do wykazania realności zaoferowania ceny niższej niż rynkowy poziom kosztów koniecznych do poniesienia.

Do postępowania odwoławczego przystąpili po stronie Odwołującego Polsuper Sp. z o.o., a

po stronie Zamawiającego wykonawcy: J.J. (Zielony Świat J.J.), D.M. i T.Ś. (Testa T.Ś.).

Na posiedzeniu Izba dopuściła w charakterze uczestników wykonawców przystępujący w

obu sprawach połączonych po stronie Odwołujących i Zamawiającego.

Stanowisko Izby.

Do rozpoznania zarzutów w odwołaniu zastosowanie znajdowały przepisy ustawy z dnia 11 września 2019 r. Prawo zamówień publicznych (Dz. U. z 2021 r., poz. 1129 ze zm.), obowiązującej w dacie wszczęcia postępowania o udzielenie zamówienia, zwana dalej Ustawą.

Izba nie stwierdziła wystąpienia przesłanek z art. 528 ust. 1 Pzp do odrzucenia odwołań.

Przystępując do rozpoznania odwołań, Izba w pierwszej kolejności zobowiązana była do oceny wypełnienia przesłanek z art. 505 ust. 1 Ustawy, tj. istnienia po stronie Odwołujących interesu w uzyskaniu zamówienia oraz możliwości poniesienia szkody w wyniku kwestionowanych czynności Zamawiającego. Ponieważ odwołania dotyczą czynności kończących ocenę ofert, której konsekwencją jest wskazanie ofert najkorzystniejszych, Odwołujący mają interes w tym, aby poddać kontroli decyzje związane z oceną ofert w kryterium cena, co na moment wniesienia odwołania ustalało wynik postępowania dla nich niekorzystny. W szczególności w interesie obu Odwołujących jest sprawdzenie prawidłowości kalkulacji cen, których ostateczny kształt wynika z przeprowadzonej aukcji elektronicznej.

W świetle powyższego Izba uznała, że spełnione zostały przesłanki materialno-prawe do merytorycznego rozpoznania obu odwołań.

Odwołujący w sprawie KIO 2837/21 na rozprawie cofnął zarzut zaniechania wezwania do złożenia wyjaśnień w zakresie ceny zaoferowanej na rejon VIII - wykonawcy A.O., której oferta została przez Zamawiającego odrzucona po wniesieniu odwołania, a sam wykonawca wycofał odwołanie zarejestrowane pod sygn. akt KIO 2855/21 (postanowienie o umorzeniu postępowania odwoławczego z 18.10.2021 r.) Pozostałe zarzutu podtrzymał składając materiał dowody objęty tajemnicą przedsiębiorstwa. Na rozprawie Odwołujący uzasadniał potrzebę utajnienia dowodów tym, iż zawierają one metodologię kalkulacji ceny, jaką

Odwołujący przyjął na potrzebę porównania cen ofert innych wykonawców. W szczególności, tajemnicą miały być zestawienia kosztów zawierające założenia co do ilości personelu, sprzętu, materiałów i inne mające mieć wpływ na obliczenie ceny. Ponieważ Odwołujący w przeważające części utrzymał niejawność dowodów Izba uznała, iż materiał ten nie zostanie dopuszczony z uwagi na brak możliwości odniesienia się na rozprawie do prezentowanych danych, które miały podważać kalkulację innych wykonawców. Izba uznała ponadto, iż dla rozpoznania zarzutów związanych z oceną wyjaśnień znaczenie mają dokumenty oceniane przez Zamawiającego w toku czynności badania i oceny ofert, co nie obejmowało własnych założeń Odwołującego, którego cena oferty nie była przedmiotem badania. Odwołujący odtajnił jedynie zestawienia tabelaryczne dotyczące podstawy kosztów, jakie zdaniem Odwołującego wykonawcy powinni byli uwzględnić w odniesieniu do rejonów VI i VIII - udostępnione stronom do zapoznania i oceny ich wartości dowodowej w sprawie.

Izba pominęła również dowody załączone do stanowiska Przystępującego Rafdar Sp. z o.o. do postępowania odwoławczego o sygn. akt KIO 2837/21 po stronie Zamawiającego, które wykonawca objął tajemnicą przedsiębiorstwa z przyczyn podobnych, jak zostało to wskazane powyżej w odniesieniu do materiału dowodowego Odwołującego.

Rozpoznając zarzuty Izba uznała, iż oba odwołania nie zasługują na uwzględnienie.

Ponieważ w odniesieniu do obu odwołań zarzuty sprowadzały się do analizy cen ofertowych, w tym cen jednostkowych Izba prezentuje poniżej okoliczności wspólne dla obu spraw.

Przedmiot zamówienia stanowi usługa utrzymania porządku - sprzątania i zamiatania ulic w okresie letnim i zimowym podzielona na 13 dzielnic - rejonów (części). Rodzajowo zakres prac opisany został w pkt III swz i dotyczy m.in. oczyszczania chodników, miejsc parkingowych, przystanków, wywozu nieczystości i opisany został w podziale na letnie i zimowe oczyszczanie. Wykonawcy mogli składać oferty na wszystkie części zamówienia.

Oferta zawierać miała m.in. formularz oferty, ale również formularz cen jednostkowych (załącznik 1a) oraz „Kosztorys" w części na jaką składana jest oferta, do którego należało przenieść ceny jednostkowe (pkt X i XIV swz).

Zamawiający prowadzi postępowanie w trybie podstawowym i przewidział, iż w przypadku złożenia na daną część zamówienia co najmniej dwóch ważnych ofert, wybór oferty poprzedzać będzie aukcja elektroniczna, w trakcie której wykonawcy będą obniżali cenę łączną oferty. Wykonawca wybrany po aukcji, jeżeli cena zostałaby obniżona, zobowiązany będzie w terminie wyznaczonym przez Zamawiającego przedstawić wypełniony formularz „Cen jednostkowych" uwzględniający wynik aukcji. Ceny jednostkowe nie mogą być wyższe od oferty pierwotnej i mają zostać określone tak, aby łączna cena zamówienia brutto była, co najwyżej równa cenie zaoferowanej podczas aukcji elektronicznej. Ceny jednostkowe powinny zostać obniżone nie mniej niż o taki % o jaki cena oferty po przeprowadzonej aukcji elektronicznej jest niższa od ceny oferty złożonej pierwotnie (pkt XIV. 5 swz).

Na część VI zamówienia złożonych zostało 13 ofert, na część VII - 11 ofert, a na część VIII - 9 ofert. Oferty na rejon VI kształtowały się na poziomie od: 1.850.433,88 zł do 5.535.827,36 zł, w rejonie VII na poziomie od 8.022.442,99 zł do 17.951.929,38 zł., a w rejonie VIII na poziomie od 9.303.748,13 zł do 19.246.792,37 zł.

Zamawiający zamierza przeznaczyć na realizację zamówienia kwotę: 1.778.847,21 zł, (część VI), 5.768.348,34 zł. (część VII) i 6.289.548,96 zł (część VIII).

Po aukcji ceny zostały ustalone na poziomie: 1.389.000,00 zł - 3.649.082,52 zł (rejon VI), 4.838.999,00 zł - 7.856.000,00 zł (rejon VII) oraz 5.398.999,00 zł - 13.578647,84 zł - nie wszyscy wykonawcy brali udział w aukcji. Odwołujący Remondis nie złożył postąpień w aukcji elektronicznej na rejon VI i VIII.

Zamawiający pismami z 18.08.2021 r. wezwał wykonawców, których oferty były niższe o co najmniej 30 % od średniej arytmetycznej cen wszystkich złożonych na daną część ofert do złożenia wyjaśnień w zakresie cen na rejon VI i VIII, tj. wykonawcę Zielony Świat J.J. (rejon VIII) i Rafdar Sp. z o.o. (rejon VI).

Taka podstawa nie wystąpiła w rejonie VII, na który wszyscy wykonawcy, którzy złożyli oferty składali postąpienia w toku aukcji elektronicznej, co doprowadziło do ustalenia cen na

poziomie od 4.838.999,00 zł do 7.856.000,00 zł, i ustaliło średnią arytmetyczną wszystkich ofert na poziomie 5.336.425,35 zł.

Na rozprawie Zamawiający przedstawił wspólne opracowanie tabelaryczne prezentujące dane ofert wybranych w rejonach od pierwszego do trzynastego ze wskazaniem stawek jednostkowych przyjętych w ofertach najkorzystniejszych po aukcji elektronicznej. W obu odwołaniach, jako pozycja istotna dla kalkulacji cen ofertowych dla rejonów VI, VII i VIII wskazywana była pozycja „wywóz 1 m3 zanieczyszczeń", która zgodnie z wyjaśnieniami Zamawiającego oraz Odwołującego w sprawie KIO 2845/21 stanowiła element świadczenia realizowany na wezwanie Zamawiającego poza codziennym, cyklicznym utrzymaniem porządku, polegający na zebraniu nieczystości, które pracownicy Zamawiającego pozostawią w workach lub zgromadzą w jednym miejscu luzem i ich wywiezieniu do miejsca odbioru odpadów o kodzie 20 03 03 (odpady z czyszczenia ulic i placów). W załączniku nr 2 do wzoru umowy Zamawiający określił standard wykonania prac do godziny 7:00 dnia następnego w ilości do 100 m^3 zanieczyszczeń w ciągu 24 godzin (obejmuje wywóz i unieszkodliwianie odpadów ze wskazanych przez Zamawiającego powierzchni).

Sygn. akt KIO 2837/21.

Izba oddaliła odwołanie, gdyż zarzuty wywiedzione przez Odwołującego zasadniczo miały oparcie wyłącznie w założeniach własnych wykonawcy prezentowanych w oderwaniu od treści wyjaśnień i dowodów złożonych Zamawiającemu w postępowaniu, jak i wytycznych związanych z realizacją usługi na terenie danego rejonu.

Odwołujący zarzut zaniechania odtajnienia pełnej treści wyjaśnień złożonych przez wykonawców uzasadniał brakiem należytego wykazania, iż wyjaśnienia w zakresie rażąco niskiej ceny stanowią tajemnicę przedsiębiorstwa. Nie można bowiem uznać za skuteczne zastrzeżenie jawności wyjaśnień jedynie w celu uniemożliwienia innym wykonawcom weryfikacji ich prawidłowości, bez względu na rzeczywiste spełnienie przesłanek umożliwiających zastrzeżenie informacji, jako tajemnicy przedsiębiorstwa, zaś utrzymanie przez Zamawiającego takiego zastrzeżenia stanowi rażące naruszenie nie tylko art. 8 ustawy Pzp, ale również zasady równego traktowania wykonawców i poszanowania zasad uczciwej konkurencji. Argumentacja ta w istocie sprowadzona została do tezy, iż utajniając wyjaśnienia wykonawcy nie działali w celu ochrony informacji, które rodzajowo odpowiadały informacjom, które Odwołujący również sam utajnił, co prowadziło do niedopuszczenia dowodów objętych tą klauzulą w postępowaniu odwoławczym. Zamawiający odtajnił wyjaśnienia w zakresie w jakim nie prezentowały one źródeł, założeń indywidualnie pozwalających na ustalenie poziomu kosztów przyjętych do kalkulacji, co jednak nie uniemożliwiło Odwołującemu sformułowania zarzutów wprost odnoszących się do wysokości ceny całkowitej oraz cen jednostkowych.

W ocenie Izby twierdzenia o braku podstaw do uznania części dowodów załączonych do wyjaśnień za niejawne nie zostało w sposób przekonujący wykazane. Oczekiwania Odwołującego co do sposobu wykazania zasadności zastrzeżenia tajemnicy nie zostały również wykazane, jako niezbędne dla oceny skuteczności objęcia klauzulą wyjaśnień, szczegółowo odnoszących się przyjętych, w oparciu o możliwości posiadane przez poszczególnych wykonawców - wskaźników, które stanowiły podstawę dla wyliczenia kosztów. Zamawiający udostępnił wyjaśnienia, które pozwalały na identyfikację elementów kosztowych, które Odwołujący mógł zweryfikować i uczynił to podnosząc zarzut zaniechania odrzucenia ofert na podstawie art. 226 ust 1 pkt 8 Ustawy.

Zasadniczym z punktu widzenia wniosku o braku uwzględnienia przez wykonawców niezbędnych kosztów, w tym przede wszystkim kosztów osobowych, były założenia związane z przyjętym do wyliczenia tych kosztów wskaźnikiem efektywności pracowniczej - w przeliczeniu na m2 powierzchni, na jakiej jeden pracownik może wykonać usługę. Odwołujący przyjął różne wskaźniki dla rejonów VI i VIII, tj. dla rejonu VIII są to: 2.600 m2/1 osoba, 3.800 m2/1 osoba (okres zimowy 01.11.2021-31.03.2022), 2.600 m2/1 osoba (okres letni), a dla rejonu VI: 3.100 m2/1 osoba i 4.500 m2/1 osoba (okres zimowy 01.11.2021-31.03.2022), 3.100 m2/1 osoba (okres letni), a różnice te tłumaczył możliwością różnego wykorzystania sprzętu w danej lokalizacji. Przyjęte wskaźniki stanowiły podstawę dla wyliczenia niezbędnej liczby pracowników, jaka będzie musiała być skierowana do wykonania prac w poszczególnych dniach tygodnia (łącznie dla rejonu VIII - 66 pracowników, a dla rejonu VI - 14 pracowników), na podstawie której Odwołujący przedstawił kalkulację kosztów pracy. Jednocześnie to koszty pracownicze zgodnie były identyfikowane przez Odwołującego, Zamawiającego i wykonawców, jako najważniejszy składnik kosztowy ceny ofertowej.

Zamawiający wskazywał, iż w swz nie ma narzuconej normy, co we wcześniejszych postępowaniach funkcjonowało (przetarg 2015 i 2016 rok), ale utraciło swoje znaczenie w związku ze zmianą sposobu realizacji prac, jej organizacji i możliwością wspomagania się sprzętem (co może być ograniczone w niektórych dzielnicach z uwagi na uwarunkowania infrastrukturalne, zagęszczenie pojazdów, ruch pieszych na chodnikach). Przystępujący po stronie Odwołującego prezentował zupełnie inne założenie dotyczące zarówno wskaźnika wydajności pracy (1500 m^2), jak i możliwości dokonania precyzyjnych wyliczeń kosztów w ujęciu ilości pracowników, jaka będzie musiała być zaangażowana. Jak wyjaśniał swoje stanowisko na rozprawie - to kalkulacja roboczogodzin w przeliczeniu na m2 pozwala wyliczyć koszt pracy w rozbiciu na letnie i zimowe utrzymanie. W jego ocenie nie można określić pewnej liczby pracowników, jaka będzie niezbędna do zaangażowania z uwagi na możliwość nakładania się wytycznych, co do częstotliwości. Wielkość ta może być podana w przybliżeniu.

Przedstawione rozbieżności w sposobie kalkulacji kosztów osobowych prezentowały odmienne podejście, możliwe do przyjęcia w indywidualnych wyliczeniach kosztów, a w świetle zapisów swz nie stanowiło to dowodu na nierzetelność cen ofertowych. Nie mogło również podważać treści wyjaśnień jakie składali wykonawcy w zakresie kalkulacji ceny i kosztów. Przede wszystkim należy zauważyć, iż cena całkowita oferty była składową różnych elementów usługi, których realizacja była ze sobą powiązana, a przez to koszty świadczenia mogły być ujęte indywidualnie przez każdego wykonawcę w różnych pozycjach rzeczowo wspólnych. Istnienie zależności cenowych miało swoje konsekwencje po aukcji, gdyż procent o jaki zmniejszyła się cena wyjściowa za całość zamówienia stanowił wskaźnik przyjęty do wyliczenia cen jednostkowych. Odwołujący jako dowód przedstawił kalkulację szczegółową prezentującą dane dla wyliczenia podstawowych składowych ceny, takich jak: koszty pracownicze, koszty materiału i sprzętu, robocizna. Jak sam podkreślił, nie miał wglądu do pełnej treści wyjaśnień dotyczących cen ofert, gdyż wykonawcy utajnili informacje, jako tajemnicę przedsiębiorstwa. Nie zmienia to oceny dowodowej materiału poglądowego, który z racji subiektywnych wyliczeń mógł być przygotowany w taki sposób, aby wykazać tezę dowodową. W podobny sposób zostały przedstawione wyliczenia Przystępującego po stronie Odwołującego, aby przekonać o niedoszacowaniu kosztów, w tym przede wszystkim osobowych. Izba nie przyjęła żadnego z tych wyliczeń jako dowodów podważających wyjaśnienia, gdyż stanowiły one wyłącznie o sposobie kalkulacji, jaki można było przyjąć w celu przedstawienia wyższych kosztów pracowniczych, bez możliwości odniesienia ich do założeń, jakie przyjęli inni wykonawcy. Z drugiej strony wykonawcy składali szczegółowe wyjaśnienia, które z racji charakteru tego zamówienia miały charakter kalkulacyjny, co utwierdziło Zamawiającego w ocenie ofert, jako rynkowych. Przedstawia to również zestawienie cen przygotowane przez Zamawiającego po wynikach aukcji, które prezentuje porównywalny poziom stawek ofert, które już zostały przyjęte, a z wykonawcami zawarte zostały umowy na inne dzielnice miasta.

Należy również odnotować, ze samo wezwanie do wyjaśnień w zakresie cen ofert na rejon VI i VIII było uzasadnione tym, że ceny odbiegały o ponad 30% od średniej arytmetycznej wszystkich złożonych ofert, na którą to średnią wpływ miały oferty wykonawców, którzy nie brali udziału czynnie w aukcji, co zawyżyło średnią. Porównanie cen sprzed aukcji, jak i po prowadzi do wniosku, iż ceny wyjściowe ofert były znacznie zawyżone i dopiero w toku aukcji wykonawcy przystąpili do konkurowania ceną ofertową.

Ponieważ wnioski o nierzetelności kalkulacji cen miały podstawę wyłącznie w założeniach przyjętych subiektywnie przez Odwołującego, nie mogło to skutecznie podważać wyjaśnień, w tym kalkulacji szczegółowych wykonawców. Izba nie przyznała prymatu założeń Odwołującego, w szczególności w zakresie wskaźnika powierzchni, jak również liczby pracowników stanowiących wyjściową dla prezentowanych obliczeń, nad indywidualnymi założeniami pozostałych wykonawców. Należy zauważyć, iż swz w tym elemencie nie zawierała żadnych wskazań, a zatem argument, iż punktem odniesienia do wyliczeń prezentowanych w odwołaniu były wytyczne dotyczące realizacji zamówienia, nie był przekonujący. Powyższe podważało zasadność tezy, iż realizacja zamówienia po cenach wskazanych wykonawców będzie odbywać się ze stratą.

Ponadto przedstawione przez Zamawiającego zestawienie cen jednostkowych daje obraz stanu, w którym można uznać, iż ceny wszystkich ofert są na zbliżonym poziomie - rynkowym. Należy odnotować, iż udział w postępowaniu wzięła duża ilość podmiotów, co przy założeniu, iż prowadzona będzie aukcja zaburzało ceny wyjściowe tych wykonawców, którzy zamierzali uczestniczyć czynnie w aukcji składając postąpienia. Aby móc „zejść" z ceny musieli na etapie składania ofert założyć pewną „górkę", co miało swoje przełożenie nie tylko na cenę za całość świadczenia, ale również w poszczególnych cenach jednostkowych.

Wykonawcy mogli konkurować jedynie ceną za całość zamówienia, a nie poszczególnymi składowymi ceny. Tym samym rozłożenie kosztów, np. wywozu zanieczyszczeń na kilka

pozycji związanych ze sprzątaniem codziennymi miało swoje uzasadnienie w tym, iż wykonawca będzie mógł skierować do odbioru nieczystości tych samych pracowników, którzy będą wykonywać bieżące codzienne czynności utrzymania porządku.

W świetle powyższego Izba oddaliła odwołanie w całości.

Sygn. akt KIO 2845/21.

Izba oddaliła odwołanie w całości. Zasadniczo odwołanie sprowadzało się do wykazania, iż Zamawiający był zobowiązany wezwać wykonawców do złożenia wyjaśnień w zakresie ceny, chociaż samo matematyczne porównanie cen nie obligowało do tego w świetle art. 224 ust. 2 Ustawy. Jako okoliczności mające uzasadniać podejrzenie zaoferowania rażąco niskiej ceny Odwołujący wskazał stawkę jednostkową pozycji - wywóz nieczystości, jak również odnosił się do poszczególnych elementów kosztowych świadczenia usługi, które według jego założeń, w tym również opartych na wskaźniku ilości metrów sześciennych odpadów (1800 m3 i przeliczonej na tej podstawie ilość metrów przypadających na 8 godzin pracy jednego pracownika - 16 m^3), prowadziły do wyliczenia poziomu straty, jaka miałaby być wygenerowana w odniesieniu do cen pierwszych sześciu ofert, w tym również Odwołującego. Odwołujący do wyliczenia kosztów pracowników przyjął założenie, iż jeden pracownik wykona 3000 m^2 w 8 godzin pracy, a dla wariantu zimowego powierzchnię 1500 m^2 dla 8 godzin pracy. Po aktualizacji cen paliwa wyliczenia Odwołującego wskazywać miały na poziom straty, z jaką usługa miałaby być świadczona, tj. 934.980,42 zł (oferta Zielony Świat J.J.), 673.979,42 zł (oferta Testa T.Ś.), 648.035,41 zł (oferta W.F.), 423.979,42 zł (D.M.), 409.416,42 zł (Polsuper Sp. z o.o.), 6.631,08 zł (Remondis Sp. z o.o.).

Wyliczenie, w którym nawet oferta Odwołującego powinna budzić wątpliwości co do jej rzetelności było również wynikiem założeń, które nie zostały wprost wskazane w swz, jako wiążące do wyliczenia ceny lub wręcz od nich odbiegały (tak np. w odniesieniu do standardu wykonania prac w ilości do 100 m^3 zanieczyszczeń w ciągu 24 godzin - obejmuje wywóz i unieszkodliwianie odpadów ze wskazanych przez Zamawiającego powierzchni). Specyfika przedmiotu zamówienia, na którą wpływ ma okoliczność realizacji prac również w okresie zimowym, prowadzi do sytuacji kiedy wykonawcy dokonują pewnych założeń kosztowych, które mogą odbiegać od stanu jaki w rzeczywistości będzie miał miejsce w trakcie trwania umowy. Nie może to jednak automatycznie uzasadniać podejrzenia zaoferowania rażąco niskiej ceny. Izba uznała, iż Odwołujący nie przedstawił dostatecznie przekonujących dowodów, które pozwoliłyby na wniosek, iż przy braku wskazań ustawowych (poziom różnicy w cenie) Zamawiający powinien był obiektywnie powziąć wątpliwość co do kalkulacji ceny oferty za całość, jak i w poszczególnym istotnym jej elemencie. Takim elementem nie była w szczególności pozycja „wywóz zanieczyszczeń", której udział już na etapie szacowania wartości zamówienia był znikomy i został określony przez Zamawiającego procentowo jako 1,84% całości zamówienia, którego 80% wartości kosztorysowej stanowi zimowe i letnie cykliczne oczyszczanie. Pozycja ta w ocenie Izby nie powinna być liczona tak jak podstawowy zakres usług, tj. przyjmując, iż pracownicy będą wykonywać te czynności w pełnym wymiarze czasu pracy - 8 godzin na dobę. Wyliczenia oparte na takim założeniu prowadziłyby bowiem do przeszacowania rzeczywistych kosztów, z jakimi można się liczyć, gdyż zgodnie ze standardem wykonania tych prac obiór zanieczyszczeń z tzw. „zmiotek" będzie odbywać się tylko według wskazań Zamawiającego i nie obejmuje samego sprzątania - obejmuje wywóz i unieszkodliwianie odpadów. W swoich wyliczeniach Odwołujący nie przedstawił udziału w całości prac pozycji, która miała odbiegać znacząco od wartości innych ofert. Wniosek, jaki płynie z wyliczeń Odwołującego jest w ocenie Izby niewiarygodny, gdyż prowadzi do stwierdzenia, iż pięciu wykonawców plus sam Odwołujący składali oferty nie zakładając zysku, a prace mieliby wykonać ze startą.

Ponadto, zasadnicza teza odwołania sprowadza się do stwierdzenia, iż tylko Odwołujący znajduje się w sytuacji pozwalającej na obniżenie kosztów, co miałoby uzasadniać podejrzenie, iż mniejsi uczestnicy rynku nie będą w stanie pokryć wszystkich kosztów realizacji zamówienia. Takie twierdzenie nie może być jedynie wynikiem własnych kalkulacji Odwołującego, który również na etapie składania oferty mógł zakładać wyższy poziom zysków. Ponieważ Odwołujący nie wykazał w sposób przekonujący istnienia obiektywnych okoliczności mogących wskazywać, iż pomimo zbliżonego poziomu cen, oferty nie zostały skalkulowane w sposób poprawny, nie było podstaw do stwierdzenia możliwości podejrzenia zaoferowania rażąco niskiej ceny.

Przy takiej konstrukcji zarzutu, w którym podnosi się wyłącznie brak wezwania do wyjaśnienia ceny to na Odwołującym spoczywa ciężar wykazania zasadności zarzutu

naruszenia art. 224 ust. 1 Ustawy, czemu wykonawca nie sprostał, co prowadziło do oddalenia odwołania w całości.

W świetle powyższego orzeczono jak w sentencji.

O kosztach postępowania orzeczono stosownie do wyniku na podstawie art. § 5 i § 8 ust. 2 pkt 1 w zw. z § 11

oz. 2437). Izba zaliczyła do
kosztów postępowania wpisy wniesione w sprawach połączonych do wspólnego rozpoznania przez Odwołujących wysokości 30.000,00 zł.

Przewodniczący:.....