

WYROK

z dnia 12 listopada 2021 r.

Krajowa Izba Odwoławcza - w składzie:

Przewodniczący: Anna Packo

Protokolant: Szymon Grzybowski

po rozpoznaniu na rozprawie w dniu 12 listopada 2021 r., w Warszawie, odwołania wniesionego do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej w dniu 28 października 2021 r. przez wykonawcę

Przedsiębiorstwo Usług Miejskich „PUM” Spółka z ograniczoną odpowiedzialnością

z siedzibą w Grudziądzu
w postępowaniu prowadzonym przez

Gminę Dragacz

przy udziale wykonawcy W.M. prowadzącego działalność gospodarczą pod nazwą Zakład Wielobranżowy „WIAŻAR” M.W. z siedzibą w Wielkim Komorsku zgłaszającego przystąpienie do postępowania odwoławczego po stronie zamawiającego

orzeka:

1. uwzględni odwołanie i nakazuje Gminie Dragacz odrzucenie oferty W.M. prowadzącego działalność gospodarczą pod nazwą Zakład Wielobranżowy „WIAŻAR” M.W. na podstawie art. 226 ust. 1 pkt 5 oraz art. 226 ust. 1 pkt 8 w związku z art. 224 ust. 6 ustawy Prawo zamówień publicznych,
2. kosztami postępowania obciąża Gminę Dragacz i:
 - 2.1. zalicza w poczet kosztów postępowania odwoławczego kwotę 15 000 zł 00 gr (słownie: piętnaście tysięcy złotych zero groszy) uiszczoną przez Przedsiębiorstwo Usług Miejskich „PUM” Spółkę z ograniczoną odpowiedzialnością tytułem wpisu od odwołania,
 - 2.2. zasądza od Gminy Dragacz na rzecz Przedsiębiorstwa Usług Miejskich „PUM” 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. 579 ust. 1 i art. 580 ust. 1 i 2 ustawy z dnia 11 września 2019 r. - Prawo zamówień publicznych (Dz. U. z 2021 r., poz. 1129 z późn. 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 3191/21

Zamawiający - Gmina Dragacz prowadzi postępowanie o udzielenie zamówienia publicznego na „odbiór i zagospodarowanie stałych odpadów komunalnych ze wszystkich nieruchomości zamieszkałych, położonych na terenie Gminy Dragacz wraz z dostarczeniem urządzeń i worków do gromadzenia odpadów w 2022 r.” na podstawie ustawy z dnia 19 września 2019 r. Prawo zamówień publicznych.

Ogłoszenie o zamówieniu zostało opublikowane 17 sierpnia 2021 r. w Dzienniku Urzędowym Unii Europejskiej pod numerem 2021/S 158-418435. Wartość zamówienia przekracza progi unijne, o których mowa w art. 3 ust. 1 ustawy Prawo zamówień publicznych.

I Stanowisko Odwołującego

Odwołujący - Przedsiębiorstwo Usług Miejskich PUM Sp. z o.o. wniósł odwołanie zarzucając Zamawiającemu naruszenie art. 16 oraz art. 224 ust. 5 i 6, art. 226 ust. 1 pkt 5 i 8 w zw. z art. 239 i nast. ustawy Prawo zamówień publicznych polegające w szczególności na:

1) nieuprawnionym wyborze jako najkorzystniejszej oferty W.M. prowadzącego działalność gospodarczą pod nazwą Zakład Wielobranżowy „WIAZAR” M.W., zwanego dalej „Przystępującym”, gdy wybór ten nie odpowiada treści specyfikacji warunków zamówienia i zawiera w cenach jednostkowych rażąco niską cenę, a rozliczenie usługi następuje w okresach miesięcznych na podstawie zaoferowanych cen,

2) zaniechaniu odrzucenia oferty Przystępującego, ponieważ nie wykazał on, że cena jego oferty w poz. 10 załącznika uzupełniającego do formularza oferty nie jest rażąco niska i błędne przyjęcie przez Zamawiającego, że, pomimo dwukrotnego uzupełniania na żądanie Zamawiającego, wyjaśnienia Przystępującego nie wykazują spełnienia warunku rzetelnej i uczciwej ceny, tym bardziej że w projekcie umowy, która jest załącznikiem do specyfikacji warunków zamówienia, ogólna cena ofertowa ma charakter szacunkowy, a precyzyjnie wykonawca będzie otrzymywał miesięczne wynagrodzenie stanowiące iloczyn ilości odebranych odpadów w danym miesiącu i stawki za 1 Mg danego rodzaju odpadu określonego w formularzu ofertowym (tj. załączniku uzupełniającym do formularza ofertowego,

3) zaniechaniu wykluczenia Przystępującego z postępowania, mimo że nie spełnia warunków określonych w specyfikacji warunków zamówienia,

4) naruszeniu zasad uczciwej konkurencji i równego traktowania, poprzez zaakceptowanie skarżonej oferty, która prezentuje w pozycji 2. i 4., a w szczególności w pozycji 10. tabeli stanowiącej załącznik do formularza oferty zaniżone, nieuczciwe, rażąco niskie ceny, za które nie jest możliwe wykonanie zamówienia w należyty sposób, a który ponadto wskazuje na zamiar realizacji zamówienia poniżej kosztów wykonawcy,

5) zaniechaniu wyboru oferty Odwołującego, gdy oferta ta spełnia wymagania specyfikacji warunków zamówienia.

Odwołujący wniósł o:

- 1) unieważnienie czynności wyboru oferty najkorzystniejszej,
- 2) nakazanie dokonania przez Zamawiającego ponownej oceny ofert i odrzucenie i wykluczenie oferty Przystępującego oraz wybór oferty Odwołującego jako najkorzystniejszej i spełniającej wymagania ustawy Prawo zamówień publicznych oraz specyfikacji warunków zamówienia,
- 3) obciążenie Zamawiającego kosztami odwołania oraz kosztami zastępstwa procesowego.

W uzasadnieniu odwołania Odwołujący wskazał, że w postępowaniu oferty złożyli Odwołujący i Przystępujący.

Przystępujący, za odbiór i zagospodarowanie odpadów kuchennych ulegających biodegradacji 20 01 08 (poz. 10. załącznika uzupełniającego do formularza ofertowego) w szacowanej przez Zamawiającego ilości ponad 228 Mg na rok, podał cenę 50 zł/Mg.

Odwołujący na wstępie przyjął, że doszło do omyłki pisarskiej, bo cena ta winna wynosić min. 500 zł/Mg i 23 września 2021 r. i poinformował Zamawiającego o zastosowanej przez Przystępującego rażąco niskiej cenie i zawiadomieniu Przystępującego do wyjaśnień rażąco niskiej ceny. Odpady 20 02 01 oraz 20 01 08 można przekazać wyłącznie do instalacji posiadającej zezwolenie na zagospodarowanie tego typu odpadów, zatem nie jest możliwe ich zagospodarowanie odpadów we własnym zakresie. W okolicy stosowne decyzje posiadają instalacje w Sulnówku i w Zakurzewie, gdzie ceny za przyjęcie i zagospodarowanie tych odpadów wynoszą odpowiednio w Sulnówku 338 zł netto/Mg i Zakurzewie 199,99 zł netto za Mg lub 349,99 zł/Mg w zależności od jakości dostarczonego odpadu i metody jego unieszkodliwienia. Odpady o kodzie 20 01 08 i 20 02 01 trafiają do tego samego pojemnika i nie sposób ich rozdzielić, oba są bowiem z kategorii bioodpadów.

Z powyższego wynika, że Przystępujący pomylił się wpisując cenę w poz. 10 kilkukrotnie niższą niż koszt samego zagospodarowania albo celowo dokonał manipulacji z rażącym naruszeniem zasad uczciwej konkurencji, rażąco zaniżył tę cenę, a w trakcie realizacji zadania nie będzie wykazywał tej grupy odpadów, ale całość będzie objęta stawką z poz. 24. W efekcie Zamawiający zapłaci sumarycznie wyższą cenę niż zaoferowana przez Odwołującego. Gdyby bowiem przyjąć dla poz. 10 cenę 600 zł/Mg u tego oferenta (jak dla drugiego kodu odpadów bio), to cena jego oferty przekroczyłaby cenę oferty Odwołującego.

Cena w pozycji 10. załącznika do formularza ofertowego dla odpadu o kodzie 20 01 08 w wysokości 50 zł /Mg jest nierealistyczna, nieprawdziwa; w obrocie gospodarczym taka cena nie istnieje. Przedsiębiorca odbierający i zagospodarowujący odpad musi ten odpad przewieźć do instalacji komunalnej celem jego zagospodarowania, zatem zaproponowana cena jest nie do zaakceptowania, taka cena nie istnieje i jest wbrew zasadom uczciwej konkurencji. W najbliższych położonych instalacjach do zagospodarowania odpadów komunalnych, do których może być przyjęty taki odpad, cena za jego zagospodarowanie wynosi na poziomie 350 zł/Mg. Jeśli tylko na poziomie minimalnym doliczyć odbiór (transport), to cena tego odpadu nie może być mniejsza niż 500 zł/Mg netto. Zatem korygując poz. 10 załącznika do formularza ofertowego i zamiast ceny 12.337,38 zł podstawić cenę 123.373,00 zł, to łączna szacunkowa cena przedmiotu zamówienia wyniesie 2.692.757,35 zł i jest wyższa od zaproponowanej przez Odwołującego kwoty 2.686.368,24 zł.

Zważywszy na to, że zgodnie ze specyfikacją warunków zamówienia odpady z poz. 10 oraz odpady z poz. 24. załącznika gromadzone są w takich samych pojemnikach (pojemniki koloru brązowego), można przyjąć, że skoro Przystępujący za odpady z poz. 24. załącznika zaoferował cenę 600 zł + 8% VAT = 648 zł/Mg, to ta różnica będzie jeszcze większa na niekorzyść gminy, która zapłaci za odpady z poz. 10. tę samą cenę, jaką zaproponował konkurent w poz. 24. Zaproponowane przez oferenta ceny dla obu kategorii odpadów z poz. 10. i 24. powinny być takie same i wynosić 600 zł/Mg +VAT.

Jest to czyn nieuczciwej konkurencji, który Zamawiający zaaprobował. Ceny jednostkowe

w przypadku przedmiotowego postępowania mają zasadnicze znaczenie, ponieważ

Zamawiający nie kontraktuje ceny łącznej jako ryczałtu, ale wykonawca będzie otrzymywał miesięczne wynagrodzenie stanowiące iloczyn ilości odebranych odpadów w danym miesiącu i stawki za 1 Mg danego rodzaju odpadu określonego w załączniku uzupełniającym do formularza ofertowego (§ 8 ust. 2 projektu umowy).

Zamawiający wezwał Przystępującego do wyjaśnienia zaproponowanej ceny w poz. 10. oraz z poz. 2. i 4. załącznika, bowiem zaproponowane przez oferenta ceny są ponad dwukrotnie niższe niż ceny, w których realizuje ona zadanie obecnie. Za odpad o kodzie 15 01 02 Przystępujący zaproponował cenę 250 zł/Mg netto, a obecnie usługę odbioru i zagospodarowania tego odpadu realizuje za 629 zł/Mg netto; natomiast za odpad o kodzie 15 01 07 zaproponował cenę 250 zł/Mg, a obecnie realizuje usługę za 343 zł/Mg netto.

W odpowiedzi z 27 września 2021 r. Przystępujący potwierdził zastosowanie składników cenotwórczych dla wszystkich odpadów. W uzasadnieniu swojego stanowiska wskazał, że obie kategorie odpadów z poz. 10. i poz. 24. załącznika to kategoria bioodpadów i, zgodnie z przypuszczeniem Odwołującego, do ich odbioru i zagospodarowania zastosuje stawki cenowe zawarte w poz. 24. Wskazuje na to zawarte w wyjaśnieniach sformułowanie: „ceny są przemyślane i zamierzone”. Pomimo żądania Zamawiającego przedstawienia szczegółowych danych o czynnikach cenotwórczych dotyczących składowych części oferty, nie przedstawił żadnych dowodów. Tak więc Przystępujący nie złożył należytych wyjaśnień i jego oferta już na tym etapie powinna być odrzucona. Dodatkowo nie przedstawił żadnych dowodów na poparcie twierdzenia, że możliwy jest odbiór i zagospodarowanie odpadów z poz. 10 załącznika za cenę 50 zł netto/Mg w okresie trwania umowy. Nie nastąpiło to ani po pierwszym, ani po drugim wezwaniu Zamawiającego. Nie wyjaśnił także, dlaczego wskazał za odpady z poz. 2. cenę 250 zł/Mg, gdy obecnie za odbiór i zagospodarowanie tego odpadu pobiera cenę niemal trzykrotnie wyższą.

W punkcie II.5 załącznika do formularza oferty Przystępujący wskazał, że instalacjami, do których będą przekazywane odpady odebrane od właścicieli nieruchomości, to PUO Eko Wisła Sp. z o.o., PK w Tucholi Sp. z o.o. oraz MWiO Sp. z o.o. w Grudziądzu. Te instalacje za odpad o kodzie 20 01 08 pobierają opłatę na poziomie 350 zł, a odpady tzw. kuchenne konkurent musi przewieźć bezpośrednio na instalację.

Po kolejnym piśmie Zamawiającego z 11 października 2021 r. z żądaniem wyjaśnień i kalkulacji cenotwórczej Przystępujący dokonał powtórzenia wcześniejszej argumentacji i wskazał, że cena pozostaje na niezmiennym poziomie, bowiem inne, bliżej nieoznaczone zyski, pokryją mu tę stratę. Brak jest jakiegokolwiek dowodu, że dysponuje on instalacją, która przyjmie odpady w cenie np. po 1 zł/Mg. Skalkulowana cena transportu 1 Mg odpadów przez Przystępującego to 189,95 zł/Mg netto. Transportowanie odpadu śmieciarką dwukomorową lub trzykomorową nie jest w obecnych czasach żadną innowacją ani technologicznym wynalazkiem, a Przystępujący dysponuje słabym parkiem maszynowym - z zaprezentowanej Zamawiającemu dokumentacji na potwierdzenie posiadania środków technicznych wynika, że najnowsza śmieciarka jest z 2004 r., a większość to stare pojazdy, nawet z 1992 r.

Zdaniem Odwołującego brak jest podstaw prawnych do uznawania takich wyjaśnień, które wyjaśnieniami nie są, ale stanowią uzupełnienie treści złożonych już wyjaśnień. Możliwość ponownego zwrócenia się do wykonawcy, który złożył wyjaśnienia ceny budzące wątpliwości istnieje wyłącznie wtedy, gdy wyjaśnienia złożone przez wykonawcę nie są ogólnikowe i wymijające, ale tzw. merytoryczne. Wyjaśnienia rażąco niskiej ceny nie można utożsamiać z uzupełnianiem treści tych wyjaśnień w odpowiedzi na kolejne wezwania zamawiającego. Każdorazowo, jeżeli wyjaśnienia w zakresie ceny oferty prowadzą do nadania jej zapisom z wcześniejszych wyjaśnień nowego znaczenia, mamy do czynienia z modyfikacją treści wyjaśnień, a nie ich uszczegółowieniem. Wyjaśnić można tylko to, co w ofercie czy złożonych na wezwanie zamawiającego informacjach już istnieje. Natomiast każde wprowadzenie nowej treści jest uzupełnieniem treści wyjaśnień, a nie wyjaśnieniem kwestii wątpliwych dla zamawiającego.

II Stanowisko Zamawiającego

Zamawiający wniósł o odrzucenie odwołania, względnie o jego oddalenie w całości, zasądzenie od Odwołującego na rzecz Zamawiającego zwrotu kosztów postępowania, w tym kosztów zastępstwa pełnomocnika oraz dopuszczenie i przeprowadzenie dowodu z treści wskazanych dokumentów.

W uzasadnieniu wniosku o odrzucenie Zamawiający podniósł, iż Odwołujący na wstępie odwołania wskazał, że wnosi odwołanie od czynności Zamawiającego, o której ten informację zawarł w informacji o wyborze oferty z dnia 24 czerwca 2021 r. a polegającej na

wykluczeniu Odwołującego z postępowania i odrzuceniu oferty w przedmiotowym postępowaniu, a w dalszej kolejności naruszenie art. 16 oraz art. 224 ust. 5 i 6, art. 226 ust. 1 pkt 5 i 8 w związku z art. 239 i nast. ustawy Prawo zamówień publicznych.

Zgodnie z art. 516 ust. 1 ustawy Prawo zamówień publicznych odwołanie winno zawierać wskazanie czynności lub zaniechania czynności zamawiającego, której zarzuca się niezgodność z przepisami ustawy, lub wskazanie zaniechania przeprowadzenia postępowania o udzielenie zamówienia lub zorganizowania konkursu na podstawie ustawy. Wskazanie to jest kluczowym elementem odwołania, gdyż określa zakres zaskarżenia poprzez wskazanie czynności lub zaniechania czynności zamawiającego, której zarzuca się niezgodność z przepisami ustawy, lub wskazanie zaniechania przeprowadzenia postępowania o udzielenie zamówienia lub zorganizowania konkursu na podstawie ustawy. Ochrona prawna realizowana w drodze środków ochrony prawnej ma charakter petytoryjny, zaś Krajowa Izba Odwoławcza nie działa z urzędu. Odnosi się to zarówno do samego wszczęcia postępowania odwoławczego, jak i do zakresu badania przez czynności lub zaniechań zamawiającego. To wyłącznie odwołujący określa zakres zaskarżanych czynności lub zaniechań zamawiającego, zaś KIO nie może orzekać w przedmiocie innych zachowań zamawiającego i to nawet wówczas, gdyby w trakcie prowadzonego postępowania dostrzegła ich sprzeczność z ustawą. Izba nie jest związana kwalifikacją prawną sformułowaną w odwołaniu, ale jest już związana podstawą faktyczną odwołania. Odwołujący wskazał, że wnosi odwołanie od czynności Zamawiającego, o której informację zawarł w informacji o wyborze oferty z dnia 24 czerwca 2021 r., a polegającej na wykluczeniu z postępowania Odwołującego i odrzuceniu jego oferty w przedmiotowym postępowaniu. W niniejszym postępowaniu taka czynność nie miała miejsca. Tym samym nie sposób uwzględnić odwołania wniesionego od nieistniejącej czynności Zamawiającego.

Co do zarzutów podniesionych w odwołaniu Zamawiający wskazał, że cena rażąco niska to cena, która jest nierealistyczna, niewiarygodna w porównaniu do cen rynkowych podobnych zamówień i ewentualnie innych ofert złożonych w toku postępowania o udzielenie zamówienia publicznego, wskazująca na fakt wykonania zamówienia poniżej kosztów wytworzenia. O cenie rażąco niskiej można mówić wówczas, gdy oczywiste jest, że przy zachowaniu reguł rynkowych wykonanie umowy przez wykonawcę byłoby dla niego nieopłacalne. Stwierdzenie wystąpienia takiej ceny jest możliwe w oparciu o porównanie ceny spornej oferty z wartością szacunkową zamówienia lub z cenami innych ofert. Relatywnie niska cena za poszczególne elementy przedmiotu zamówienia nie może stać się przesłanką do odrzucenia oferty na podstawie ustawy Prawo zamówień publicznych, jeśli jednocześnie całkowita cena ofertowa nie odbiega znacząco od wartości szacunkowej ustalonej przez zamawiającego oraz od cen rynkowych, mających swoje odzwierciedlenie w szczególności w cenach ofert innych wykonawców.

Ustawodawca nie wyjaśnił pojęcia istotnej części składowej ceny lub kosztu. Za istotną część ceny lub kosztu należy uznać te ich części, od których, ze względu na ich znaczący udział w całości ceny lub kosztu, zależy ostatecznie powstały koszt lub zaoferowana cena. Ceny jednostkowe niektórych elementów ujętych w kalkulacji ceny lub kosztu, które nie mają znaczącego wpływu na ich ostateczną wysokość, nie mogą być podstawą do odrzucenia oferty. Stąd samo wystąpienie niskiej ceny składowej nie jest tożsame z zaistnieniem rażąco niskiej ceny oferty, choć należy każdorazowo brać pod uwagę charakter zamówienia, w tym przewidziany sposób obliczenia jego ceny. W zakresie rażąco niskiej ceny należy brać pod uwagę całościową cenę oferty, natomiast ceny składowe czy ceny jednostkowe mogą być badane w zakresie rażąco niskiej ceny w sytuacji, kiedy mogą zaważyć na należyтым wykonaniu przyszłej umowy. Regulacje dotyczące rażąco niskiej ceny mają na celu zabezpieczenie zamawiającego (w tym interesu publicznego), przed koniecznością zawierania umowy z wykonawcą oferującym cenę na tyle niską, iż wątpliwym wydaje się, że wykonawca ten wykona umowę, ewentualnie, iż wykona ją należycie. Zatem przesłanką stosowania regulacji dotyczącej rażąco niskiej ceny powinno być zagrożenie należytego wykonania umowy.

Szacowana przez Zamawiającego wartość przedmiotu zamówienia wynosi 3.042.922,87 zł brutto, wartość wynagrodzenia ogółem wskazana przez Przystępującego wynosi 2.581.721,73 zł brutto, zaś Odwołującego 2.686.368,24 zł brutto, nie sposób twierdzić, że cena oferty Przystępującego jest rażąco niska.

W stanie faktycznym sprawy aż 74,01% wynagrodzenia Przystępującego za wykonanie przedmiotu zamówienia stanowi cena za odbiór i zagospodarowanie odpadów zmieszanych, stąd kwoty określone w załącznikach jako poz. 2., 4. i 10. nie mogą zagrozić należytemu wykonaniu zamówienia. Kwestionowanie zaś poszczególnych cen jednostkowych czy cen za niektóre elementy przedmiotu zamówienia może odnieść zakładany skutek, o ile zostanie wykazane, że podważane ceny częściowe determinują cenę całej oferty. Taka sytuacja nie występuje w niniejszej sprawie.

Z załączonego zestawienia ofert wyraźnie widać, że każdy z oferentów inaczej rozkładał koszty związane z realizacją usługi. Odwołujący skupił się przede wszystkim na odpadach zbieranych selektywnie, zaś Przystępujący najwyższy koszt przewidział za odbiór odpadów zmieszanych. Odwołujący nie wziął też pod uwagę, że Przystępujący skalkulował ofertę w oparciu o założenie, że zyski z poszczególnych pozycji cen jednostkowych będą służyły pokryciu strat w innych pozycjach cen jednostkowych. Kalkulacja ceny oferty złożonej w danym postępowaniu nie może być utożsamiana z kalkulacją kosztów zagospodarowania zmieszanych odpadów komunalnych, odpadów zielonych czy pozostałości z sortowania odpadów komunalnych przeznaczonych do składowania.

Nie sposób oczekiwać od Zamawiającego, by wybrał ofertę o wiele droższą, jeśli istnieje możliwość sfinansowania zamówienia za cenę niższą.

Wykonawca nie ma obowiązku kalkulacji każdego jednego elementu składowego wyceny oferty na poziomie rentowności. Cena całkowita oferty ma bowiem być skalkulowana w ten sposób, aby pokryć koszty wykonanych prac oraz przynieść wykonawcy zysk, dla osiągnięcia którego złożył ofertę i podjął się realizacji zadania. Rażąco niska cena odnoszona jest do przedmiotu zamówienia, a nie wybranego elementu zamówienia.

Skoro Odwołujący nie kwestionuje ceny jednostkowej za odpady zmieszane, które stanowią 74,01% ceny oferty, analiza stawek za odbiór i zagospodarowanie trzech frakcji odpadów nie może być uznana za kompleksową i przekonującą.

Zarzut Odwołującego, że cena zaproponowana przez wykonawcę za odbiór i zagospodarowanie odpadów kuchennych ulegających biodegradacji jest znacząco niższa niż ceny odbioru i zagospodarowania obowiązujące w instalacjach komunalnych, które mają zezwolenie na odbiór i zagospodarowania odpadów, jest chybiony, bowiem byłoby to założenie nie znajdujące oparcia w rzeczywistości. W ramach dopuszczalnej swobody kalkulacji możliwe jest zastosowanie przez wykonawcę własnej kalkulacji cen, gdyż cenniki stosowane w instalacjach nie zawierają cen urzędowych lub z innych powodów wiążących kontrahentów. Zatem to wykonawca bierze na siebie ryzyko gospodarcze wynikające z przyjętej własnej formy kalkulacji w sposób wiążący przedstawiony zamawiającemu w ofercie. Tym samym nawet jeśli niektóre oferowane ceny jednostkowe znacząco odbiegają od przyjętych w obrocie, to nie mają one wpływu na ocenę zaoferowanej ceny jako realnej, czyli nie noszącej znamion rażąco niskiej.

Zamawiający podniósł, że niezgodność treści oferty z treścią specyfikacji warunków zamówienia w rozumieniu art. 226 ust. 1 pkt 5 ustawy Prawo zamówień publicznych polega

na niezgodności zobowiązania, które wykonawca wyraża w swojej ofercie i przez jej złożenie na siebie przyjmuje, z zakresem zobowiązania, które zamawiający opisał w specyfikacji

warunków zamówienia i którego przyjęcia oczekuje. Niezgodność treści oferty z treścią specyfikacji warunków zamówienia ma miejsce w sytuacji, gdy oferta nie odpowiada w pełni

przedmiotowi zamówienia, nie zapewniając jego realizacji w całości zgodnie z wymogami

zamawiającego. Czynność odrzucenia oferty na podstawie tego przepisu winno poprzedzić

wezwanie do złożenia wyjaśnień. Udzielone wyjaśnienia stanowią oświadczenie wykonawcy,

którym jest on związany na równi ze złożoną ofertą. Zamawiający jest zobligowany do prowadzenia postępowania z należytą starannością i dlatego nie może pozostawić żadnych elementów treści oferty do końca niewyjaśnionych.

Stąd Zamawiający pismem z 24 września 2021 r. wezwał Przystępującego do wyjaśnienia oferty odnośnie trzech rodzajów frakcji odpadów wskazanych w ww. piśmie. Przystępujący odpowiedział na wezwanie pismem z 27 września 2021 r. Zamawiający uznał, że wyjaśnienia nie są wystarczające i ponownie, pismem z 11 października 2021 r., wezwał Przystępującego do złożenia wyjaśnień wskazując, że wyjaśnienia te winny być konkretne i wskazywać wszelkie czynniki mające wpływ na prawidłowość obliczenia ceny. Odpowiedź Przystępującego z 11 października 2021 r., zawierająca szczegółowe obliczenia ceny frakcji odpadów, których dotyczyło wezwanie, stanowiła podstawę do uznania, że cena wyrażona w ofercie jest realna i nie zawiera znamion rażąco niskiej, jest wiarygodna i zawiera

weryfikowalną kalkulację własnych kosztów wykonania zamówienia korespondującą z ceną oferowaną.

Nie sposób z góry przesądzić, czy w konkretnej sprawie wykonawca musi przedstawiać dowody. W zależności od indywidualnych okoliczności sprawy przyjąć można, że co do

zasady, przedmiotem wyjaśnień jest podawanie konkretnych informacji (np. co do sposobu kalkulacji kosztowej), a nie prowadzenie przez wykonawcę postępowania dowodowego. Istotną kwestią jest także wymóg wzięcia pod uwagę zakładanego przez wykonawcę zysku, co służy ocenie, czy wykonawca skalkulował cenę na poziomie pozwalającym na zbilansowanie kosztów oraz wykonanie zamówienia bez ponoszenia straty.

Zamawiający stwierdził, że wyjaśnienia Przystępującego są wystarczające i konkretne. Podstawą domniemania wystąpienia ceny rażąco niskiej nie jest samo wezwanie wykonawcy do złożenia wyjaśnień.

Zamawiający może dokonać odrzucenia oferty jedynie w sytuacji ustalenia w sposób nie budzący wątpliwości, że oferta wykonawcy nie zapewnia realizacji zamierzonego i opisanego w specyfikacji warunków zamówienia celu, a oferowane świadczenie nie odpowiada wyrażonym w treści specyfikacji warunków zamówienia wymaganiom. Oferta podlega odrzuceniu w przypadku, gdy z informacji zawartych w wyjaśnieniach będzie wynikało potwierdzenie zaoferowania ceny rażąco niskiej, jednakże nawet wyjaśnienia ogólnikowe lub lakoniczne nie będą same w sobie bezpośrednim dowodem potwierdzającym, że zaoferowana cena jest ceną rażąco niska, jednakże mogą stać się jedną z podstaw domniemania w tym przedmiocie, uprawniającego odrzucenie oferty.

Kalkulacja własna ceny jest prawem wykonawcy. W ramach tego prawa wykonawca na potrzeby każdego postępowania o udzielenie zamówienia publicznego może przyjąć swoją strategię budowy ceny. Brak zatem jest podstaw do narzucenia wykonawcy obowiązku osiągnięcia zysku w każdym z elementów ceny. Oceniając tylko jeden element oferty Zamawiający nie mógł odrzucić oferty Odwołującego, bowiem art. 226 ust. 1 pkt 5 ustawy Prawo zamówień publicznych stanowi o rażąco niskiej cenie w stosunku do przedmiotu zamówienia, a nie o rażąco niskiej cenie pewnej części oferty.

Wskazuje się, że odrzucenie oferty z powodu zaniżenia ceny jednostkowej jest wyjątkiem od zasady, że cena powinna być rozpatrywana łącznie. Zatem wyjątek nie może być interpretowany rozszerzająco. Co prawda przepis wspomina o badaniu części składowych ceny (kosztu), ale zawiera zapis, że zamawiający wzywa wykonawcę do złożenia wyjaśnień w przedmiocie wycięcia ceny lub kosztu, gdy cena lub koszt lub ich istotne części składowe, wydają się rażąco niskie w stosunku do przedmiotu zamówienia i budzą wątpliwości co do możliwości wykonania przedmiotu zamówienia zgodnie z wymaganiami określonymi przez zamawiającego.

Wobec powyższego oferta Przystępującego odpowiadała treści specyfikacji warunków zamówienia i nie było podstaw do jej odrzucenia.

Zamawiający stwierdził też, że w niniejszym postępowaniu nie zaistniała żadna z przesłanek obligatoryjnego wykluczenia wykonawcy z postępowania, o których mowa w art. 108 ustawy Prawo zamówień publicznych. W specyfikacji warunków zamówienia wskazano, że wykluczeniu podlega wykonawca, który w sposób zawiniony poważnie naruszył obowiązki zawodowe, co podważa jego uczciwość, w szczególności, gdy wykonawca w wyniku zamierzonego działania lub rażącego niedbalstwa nie wykonał lub nienależycie wykonał zamówienie, co zamawiający jest w stanie wykazać za pomocą stosownych dowodów. Skoro Zamawiający uznał, że oferta wykonawcy nie zawiera rażąco niskiej ceny, nie sposób uznać, że zaistniała przesłanka, która obowiązałaby Zamawiającego do wykluczenia wykonawcy.

Czynem nieuczciwej konkurencji jest działanie sprzeczne z prawem lub dobrymi obyczajami, jeżeli zagraża interesowi lub narusza interes innego przedsiębiorcy lub klienta. Katalog czynów nieuczciwej konkurencji definiuje ustawa z 16 kwietnia 1993 r. o zwalczaniu nieuczciwej konkurencji. Aby można było zarzucić wykonawcy dopuszczenie się czynu nieuczciwej konkurencji poza stwierdzeniem zaniżenia jednej z cen jednostkowych oraz manipulacji stawkami należałoby udowodnić, że sprzedaż przedmiotowej usługi za oferowaną cenę byłaby przyczyną negatywnego wyniku działalności każdego z przedsiębiorców działającym w określonej branży.

Art. 226 ust. 1 pkt 7 ustawy Prawo zamówień publicznych stanowi podstawę odrzucenia oferty, gdy samo jej złożenie stanowi czyn nieuczciwej konkurencji w rozumieniu przepisów ustawy o zwalczaniu nieuczciwej konkurencji. Samo złożenie oferty z niską ceną, która nie została uznana za rażąco niską, nie może być uznane za czyn nieuczciwej konkurencji polegający na utrudnianiu innym wykonawcom dostępu do rynku.

Zamawiający, ustosunkowując się do zarzutów wyjaśnił, że Przystępujący nie złożył oferty z rażąco niską ceną. To zaś powoduje, że nie sposób mówić, że wykonawca dopuścił się czynu nieuczciwej konkurencji.

Zastosowanie sankcji wynikającej z przepisu art. 226 ust. 1 pkt 7 ustawy Prawo zamówień publicznych możliwe jest dopiero w momencie ustalenia przez zamawiającego, że cena oferty danego wykonawcy zawiera cenę rażąco niską. Stosownie do art. 3 ust. 1 ustawy o zwalczaniu nieuczciwej konkurencji czynem nieuczciwej konkurencji jest działanie sprzeczne z prawem lub dobrymi obyczajami, jeżeli zagraża lub narusza interes innego przedsiębiorcy lub klienta. Ponadto zgodnie z art. 15 ust. 1 pkt 1 i 5 tej ustawy czynem nieuczciwej konkurencji jest utrudnianie innym przedsiębiorcom dostępu do rynku, w szczególności przez sprzedaż towarów lub usług poniżej kosztów ich wytworzenia lub świadczenia albo ich odprzedaż poniżej kosztów zakupu w celu eliminacji innych przedsiębiorców, a także działanie mające na celu wymuszenie na klientach wyboru jako kontrahenta określonego przedsiębiorcy lub stwarzanie warunków umożliwiających podmiotom trzecim wymuszanie zakupu towaru lub usługi u określonego przedsiębiorcy. Okoliczność, że wykonawca w swojej ofercie inaczej rozłożył koszty związane z realizacją usługi i najwyższą cenę przewidział za odbiór odpadów zmieszanych oraz skalkulował ofertę w oparciu o założenie, że zyski z poszczególnych pozycji cen jednostkowych będą służyły pokryciu strat w innych pozycjach cen jednostkowych, wynika z przyjętej przez wykonawcę taktyki biznesowej. Nie prowadzi natomiast do eliminacji z rynku innych wykonawców ani nie wypełnia przesłanek zawartych w art. 3 ust. 1 ustawy o zwalczaniu nieuczciwej konkurencji. W związku z tym nie ma podstaw do stwierdzenia, że oferta wykonawcy podlega odrzuceniu. Tym samym, wobec uznania, że oferta Przystępującego nie podlega odrzuceniu i jednocześnie zawiera niższą cenę niż oferta Odwołującego, brak jest podstaw do postawienia Zamawiającemu zarzutu zaniechania wyboru oferty Odwołującego.

III Stanowisko Przystępującego

Przystąpienie do postępowania odwoławczego po stronie zamawiającego zgłosił wykonawca W.M. prowadzący działalność gospodarczą pod nazwą Zakład Wielobranżowy „WIAZAR” M.W.

Przystępujący wniósł o odrzucenie odwołania i obciążenie Odwołującego kosztami postępowania odwoławczego i zastępstwa procesowego.

Przystępujący wskazał, że treść odwołania wprowadza w błąd podając nieprawdę, że Zamawiający wykluczył Odwołującego z postępowania i odrzucił ofertę złożoną przez Odwołującego w przedmiotowym postępowaniu. Zamawiający w przedmiotowym postępowaniu nie wykluczył ani nie odrzucił żadnej oferty. Odwołujący błędnie dokonał wniesienia odwołania nie wywiązując się z terminów i sposobu wniesienia odwołania naruszając art. 514 ust. 2 ustawy Prawo zamówień publicznych.

Ponadto, zdaniem Przystępującego, Odwołujący w sposób nieuprawniony podważa wiarygodność oferty Przystępującego i usiłuje narzucić błędny pogląd na przedmiot sprawy. Przystępujący oświadczył, że potwierdza zgodność oferty z postanowieniami specyfikacji warunków zamówienia i prawidłowość wykazania składników cenotwórczych w załączniku nr 1 do specyfikacji warunków zamówienia. Przystępujący jest osobą fizyczną prowadzącą działalność gospodarczą i osobiście ma prawo decydować o wysokości zysku z wykonanych usług. W związku z tym ma prawo obniżyć swój osobisty zysk ze świadczonych usług do niezbędnego minimum, a część zysku przeznaczyć na pokrycie części kosztów składowych części oferty, czy to w przedmiotowym postępowaniu, czy w innych postępowaniach. Przystępujący potwierdził opisane w wyjaśnieniach przesłanych Zamawiającemu sposoby wyliczenia składników cenotwórczych zastosowanych w załączniku nr 1 oraz sposoby rozwiązań technicznych, które Przystępującemu gwarantują zachowanie satysfakcjonującego zysku, Zamawiającemu należyte wykonanie przedmiotowej usługi, a mieszkańcom gminy wymiennie niższe ceny opłat przy zachowaniu najwyższych standardów i staranności należytego wykonywania usług.

IV Stanowisko Izby

Na wstępie Izba stwierdziła, że nie zachodzi żadna z przesłanek skutkujących odrzuceniem odwołania, opisanych w art. 528 ustawy Prawo zamówień publicznych, a Odwołujący ma

interes we wniesieniu odwołania w rozumieniu art. 505 ust. 1 ustawy Prawo zamówień publicznych. Przepis art. 505 ust. 1 ustawy Prawo zamówień publicznych stanowi, że środki ochrony prawnej przysługują wykonawcy, uczestnikowi konkursu oraz innemu podmiotowi, jeżeli ma lub miał interes w uzyskaniu zamówienia lub nagrody w konkursie oraz poniósł lub może ponieść szkodę w wyniku naruszenia przez zamawiającego przepisów ustawy (ustawy Prawo zamówień publicznych).

Zamawiający i Przystępujący zgłosili wniosek o odrzucenie odwołania wskazując, że odwołanie zostało wniesione od nieistniejącej czynności Zamawiającego ze względu na to, że na wstępie odwołania Odwołujący wskazał, że wnosi odwołanie od czynności Zamawiającego z 24 czerwca 2021 r., polegającej na wykluczeniu Odwołującego z postępowania i odrzuceniu oferty w przedmiotowym postępowaniu.

Rzeczywiście, na wstępie odwołania Odwołujący wskazał, że wnosi odwołanie od czynności zamawiającego, o której informację zawarł w informacji o wyborze oferty z dnia 24 czerwca 2021 r., a polegającej na wykluczeniu Odwołującego z postępowania i odrzuceniu jego oferty w przedmiotowym postępowaniu. Jednak już w następnym zdaniu Odwołujący sformułował konkretne zarzuty, tj. naruszenie art. 16 oraz art. 224 ust. 5 i 6, art. 226 ust. 1 pkt 5 i 8 w zw. z art. 239 i nast. ustawy Prawo zamówień publicznych polegające na... (zacytowane w punkcie I uzasadnienia). Odwołujący wyjaśnił, że informacja na wstępie odwołania była omyłkowa, pozostała z innego odwołania.

Izba stwierdziła, że powyższy błąd w tekście odwołania nie stanowi powodu jego odrzucenia, czy też oddalenia. Pomimo powyższego całokształt treści odwołania - zarówno postawione zarzuty, jak i ich uzasadnienie - wskazują jednoznacznie, do jakiej czynności i jakich okoliczności odnosi się Odwołujący, co czyni odwołanie możliwym do rozpoznania.

Ponadto podstawy do odrzucenia odwołania zostały wymienione enumeratywnie w art. 528 ustawy Prawo zamówień publicznych, który wskazuje, że Izba odrzuca odwołanie, jeżeli stwierdzi, że:

- 1) w sprawie nie mają zastosowania przepisy ustawy;
- 2) odwołanie zostało wniesione przez podmiot nieuprawniony;
- 3) odwołanie zostało wniesione po upływie terminu określonego w ustawie;
- 4) odwołujący powołuje się wyłącznie na te same okoliczności, które były przedmiotem rozstrzygnięcia przez Izbę w sprawie innego odwołania, dotyczącego tego samego postępowania wniesionego przez tego samego odwołującego;
- 5) odwołanie dotyczy czynności, którą zamawiający wykonał zgodnie z treścią wyroku Izby lub sądu lub, w przypadku uwzględnienia zarzutów przedstawionych w odwołaniu, którą wykonał zgodnie z żądaniem zawartym w odwołaniu;
- 6) odwołujący nie przekazał zamawiającemu odpowiednio odwołania albo jego kopii, zgodnie z art. 514 ust. 2.

Oznacza to, że odrzucenie odwołania może nastąpić tylko w wyniku stwierdzenia zaistnienia jednej z powyższych okoliczności. Izba żadnej z tych okoliczności nie stwierdziła, podobnie nie powołali jej Zamawiający ani Przystępujący.

Izba ustaliła także, iż stan faktyczny postępowania, w szczególności treść specyfikacji warunków zamówienia, treść oferty Przystępującego i złożonych przez niego wyjaśnień oraz treść wezwań do 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 dokumentacji postępowania przedstawionej przez Zamawiającego, złożonych pism oraz stanowisk Stron przedstawionych podczas rozprawy Izba ustaliła i zważyła, co następuje: odwołanie nie zasługuje na uwzględnienie.

Odwołujący zarzucił Zamawiającemu naruszenie art. 16 oraz art. 224 ust. 5 i 6, art. 226 ust. 1 pkt 5 i 8 w zw. z art. 239 i nast. ustawy Prawo zamówień publicznych. Powołane przepisy ustawy Prawo zamówień publicznych stanowią:

Art. 16: Zamawiający przygotowuje i przeprowadza postępowanie o udzielenie zamówienia w sposób: 1) zapewniający zachowanie uczciwej konkurencji oraz równe traktowanie wykonawców; 2) przejrzysty; 3) proporcjonalny.

Art. 224 ust. 5: Obowiązek wykazania, że oferta nie zawiera rażąco niskiej ceny lub kosztu spoczywa na wykonawcy.

ust. 6: Odrzuceniu, jako oferta z rażąco niską ceną lub kosztem, podlega oferta wykonawcy, który nie udzielił wyjaśnień w wyznaczonym terminie, lub jeżeli złożone wyjaśnienia wraz

z dowodami nie uzasadniają podanej w ofercie ceny lub kosztu.

Art. 226 ust. 1 pkt 5 i 8: Zamawiający odrzuca ofertę, jeżeli: 5) jej treść jest niezgodna z warunkami zamówienia; 8) zawiera rażąco niską cenę lub koszt w stosunku do przedmiotu zamówienia.

Art. 239 ust. 1: Zamawiający wybiera najkorzystniejszą ofertę na podstawie kryteriów oceny ofert określonych w dokumentach zamówienia.

ust. 2: Najkorzystniejsza oferta to oferta przedstawiająca najkorzystniejszy stosunek jakości do ceny lub kosztu lub oferta z najniższą ceną lub kosztem.

Jak wynika z treści art. 239 ustawy Prawo zamówień publicznych, dotyczy on oceny ofert według ustalonych kryteriów oceny ofert. Odwołanie nie dotyczy nieprawidłowej oceny ofert według kryteriów oceny, zatem art. 239 ustawy Prawo zamówień publicznych nie ma

zastosowania w niniejszej sprawie.

Podobnie jeśli chodzi o zarzut wskazany w punkcie 5., tj. zaniechanie wykluczenia Przystępującego z postępowania, mimo że nie spełnia on warunków określonych w specyfikacji warunków zamówienia. Odwołujący w tym zakresie nie sformułował konkretnego zarzutu w stosunku do Zamawiającego, odnoszącego się do zaistniałych w postępowaniu przyczyn odnoszących się do którejkolwiek z postaw wykluczenia wymienionych w art. 108 lub 109 ustawy Prawo zamówień publicznych, a zarzucana w dalszej części odwołania niezgodność ze specyfikacją warunków zamówienia dotyczy wyłącznie treści oferty. Odwołujący zresztą podczas rozprawy sam przyznał, że punkt 5. odwołania został sformułowany błędnie.

W związku z powyższym Izba uznała, że powyższy zarzut nie został prawidłowo sformułowany, a właściwie - nie został sformułowany w ogóle, nie ma więc substratu

rozpoznania.

W zakresie zarzutu naruszenia art. 16 oraz art. 224 ust. 5 i 6, art. 226 ust. 1 pkt 5 i 8 ustawy Prawo zamówień publicznych Izba stwierdziła, co następuje.

Pismem z 24 września 2021 r. Zamawiający, powołując się na art. 223 ust. 1 ustawy Prawo zamówień publicznych, wezwał Przystępującego do złożenia wyjaśnień dotyczących złożonej oferty w zakresie cen dla odpadów o kodach: 15 01 02 w kwocie 250 zł netto/Mg - szacowana ilość odpadów 213,9 Mg; 15 01 07 w kwocie 250 zł netto/Mg - szacowana ilość odpadów 184,07 Mg; 20 01 08 w kwocie 50 zł netto/Mg - szacowana ilość odpadów 228,47 Mg. Zamawiający wskazał, że cena za odbiór i zagospodarowanie odpadów o kodzie 20 01 08 jest znacznie niższa od cen aktualnie obowiązujących w instalacjach komunalnych podanych przez Przystępującego w formularzu oferty, a wykonywane obecnie przez Przystępującego usługi w zakresie odbioru i zagospodarowania odpadów komunalnych są wyższe niż ceny oferowane na rok 2022 i przedstawiają się następująco: 15 01 02 w kwocie 629 zł netto /Mg; 15 01 07 w kwocie 343 zł netto/Mg; 20 01 08 w kwocie 380 zł netto/Mg. Zamawiający poprosił o uszczegółowienie wycień cen oferty.

W odpowiedzi, pismem z 27 września 2021 r., Przystępujący oświadczył, że potwierdza zastosowane składniki cenotwórcze dla wszystkich odpadów wykazanych w załączniku. ze

szczególnym uwzględnieniem odpadów o kodach 15 01 02, 15 01 07 i 20 01 08. Przystępujący wskazał, że obniżenie cen powyższych pozycji w stosunku do obecnie wykonywanej usługi wynika bezpośrednio z planowanego zastosowaniu do wykonywania usługi w roku 2022 rozwiązań technicznych pozwalających na znaczne obniżenie kosztów realizacji usługi m.in. przez planowane zastosowanie pojazdów dwukomorowych oraz oszczędności kosztów wynikających z wykonywania kilku czynności jednocześnie, co sprzyja niższymi kosztom dzięki korzyściom skali. Te zabiegi w znaczny sposób obniżą koszty realizacji zamówienia przy jednoczesnym zapewnieniu należytej staranności i najwyższych standardów jakościowych jego wykonania.

Ponadto w przypadku odpadu o kodzie 20 01 08 ani Zamawiający, ani Przystępujący nie są

w stanie, przy obecnym poziomie wyposażenia właścicieli nieruchomości w urządzenia do selektywnego gromadzenia odpadów (wyposażenie w urządzenia zgodne ze specyfikacją

warunków zamówienia), a także przy przyjętym przez Zamawiającego w specyfikacji warunków zamówienia poziomie wyposażenia w te urządzenia właścicieli nieruchomości na rok 2022, rzetelnie i precyzyjnie określić masy tego rodzaju odpadu. W szczególności Zamawiający nie określił w specyfikacji warunków zamówienia ani w regulaminie utrzymania czystości i porządku w gminie Dragacz szczegółowego sposobu segregacji tej frakcji odpadu. Według art. 3 ust. 1 pkt 10 ustawy o odpadach, odpady biodegradowalne to odpady, które ulegają rozkładowi tlenowemu lub beztlenowemu przy udziale mikroorganizmów, zaś odpady zielone to odpady komunalne stanowiące części roślin pochodzących z pielęgnacji terenów zielonych, ogrodów, parków i cmentarzy, a także z targowisk, z wyłączeniem odpadów z czyszczenia ulic i placów. Odpady zielone mieszczą się w zakresie pojęcia bioodpadów. Do bioodpadów zalicza się też odpady spożywcze i kuchenne z gospodarstw domowych, gastronomii, zakładów zbiorowego żywienia, jednostek handlu detalicznego, a także porównywalne odpady z zakładów produkujących lub wprowadzających do obrotu żywność. W przypadku odpadów żywnościowych zarówno pochodzących z przygotowania posiłków, jak i resztek pokonsumpcyjnych, należy potraktować je jako odpady komunalne łącznie z frakcjami gromadzonymi selektywnie. W szczególności będą to odpady o kodzie 20 01 08. Odpady zielone oznacza się kodem 20 02 01, a odpady kuchenne oznacza się kodem 20 01 08. Od 1 stycznia 2021 r. mieszkańcy gminy Dragacz zobowiązani są do selektywnego zbierania odpadów ulegających biodegradacji, ze szczególnym uwzględnieniem bioodpadów, czyli m.in. odpadów kuchennych i zielonych.

Przystępujący rozumie wniosek Zamawiającego o przedstawienie szczegółowych danych o czynnikach cenotwórczych dotyczących składowych części oferty. Jednak mając na względzie zapisy art. 11 ust. 2 ustawy o zwalczaniu nieuczciwej konkurencji oraz ryzyko, że informacje stanowiące know-how mogą być udostępnione konkurentom w postępowaniu, jest zmuszony zastrzec te informacje. Przystępujący zapewnił, że zastosowane w załączniku nr 1 do formularza oferty ceny są przemyślane i zamierzone oraz wynikają z rachunku ekonomicznego, a w konsekwencji całej oferty zapewniają Przystępującemu wymierne korzyści oraz gwarantują realizację zamówienia z należytą starannością, przy zachowaniu jak najwyższych standardów wykonywania przedmiotowej usługi. Ponadto wpłyną na korzystną wysokość opłat za zagospodarowanie odpadów w gminie Dragacz.

11 października 2021 r. Zamawiający wezwał Przystępującego do wyjaśnień w trybie art. 224 ust. 1 ustawy Prawo zamówień publicznych wskazując, że dotychczas złożone wyjaśnienia nie są wyczerpujące i konkretne, a części składowe oferty (ceny odpadów wskazanych w piśmie z 24 września 2021 r.) 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. Zamawiający ponownie wezwał do złożenia wyjaśnień dotyczących czynników, które miały wpływ na sposób kalkulacji ceny odpadów o kodach 20 01 08, 15 01 02 i 15 01 07, poparte stosownymi dowodami. Wyjaśnienia powinny być konkretne i wyczerpująco wskazywać wszelkie czynniki mające wpływ na cenę, tak, aby potwierdziły prawidłowość obliczenia ceny. Zgodnie z art. 224 ust. 3 ustawy Prawo zamówień publicznych wyjaśnienia mogą dotyczyć w szczególności (...) Wykonawca, wyjaśniając wysokość zaoferowanej ceny musi wykazać, że posiada konkretne możliwości uzasadniające obniżenie ceny do określonego poziomu z uwagi na szczególne korzystne dla niego warunki zamówienia.

W odpowiedzi (pismo z 11 października 2021 r.) Przystępujący przedstawił kalkulację cenotwórczą. Wskazał, że z uwagi na planowane zastosowanie pojazdów dwukomorowych przeznaczonych do odbioru i transportu jednocześnie dwóch frakcji (dwóch rodzajów odpadów o różnych kodach), do obliczeń przyjął następujące wskaźniki: pojazd dwukomorowy o wielkości komór o stosunku pojemności 1:3, co oznacza, że jednocześnie załadowane są odpady np. o kodzie 20 03 01 oraz do drugiej komory odpady o kodzie 20 01 08. Z uwagi na wykonywanie jednocześnie kilku czynności usługi (odbiór jednoczesny odpadów o kodzie 20 03 01 i odpadów o kodzie 20 01 08 i załadunek tych odpadów do tego samego pojazdu, należało przeprowadzić kalkulację cenową dla tych dwóch rodzajów odpadów łącznie. W szczególności przyjął do obliczeń: 1) prognozowaną cenę rzutu i zagospodarowania odpadu o kodzie 20 03 01 na RIPOK 450 zł netto za 1 Mg = 486 zł brutto w roku 2022; 2) koszty pracy za 1 Mg odbiór, załadunek, rozładunek w RIPOK odpadów o kodach nr 20 03 01 i 20 01 08 łącznie 160 zł za 1 Mg brutto, w tym załadunek i transport do RIPOK oraz rozładunek w RIPOK na 1 Mg odpadów o kodzie nr 20 03 01 i 20 01 08 = 2 roboczogodziny, a więc zespół 3 pracowników po 2 godziny pracy, czyli 6 godzin pracy łącznie, tj. $160 \text{ zł} * 6 \text{ godz. pracy} = 26,67 \text{ zł/godz. brutto}$. Kwota 26,67 zł za godz. brutto zawiera udział w wynagrodzeniu administracji biurowej i zarządzania zasobami ludzkimi; 3) koszty transportu 1 Mg odpadów o kodach nr 20 03 01 i 20 01 08 łącznie, w tym: koszty paliwa - 99 zł/1 Mg, koszty olejów i smarów 5% k. pal - 4,95 zł/Mg, amortyzacja pojazdu - 86 zł/Mg, razem koszt transportu odpadów 20 03 01 i 20 01 08: 189,95 zł, razem cena zagospodarowania odpadów brutto: 486 zł/Mg; razem wartość kosztów pracy: 160

zł/Mg, razem robocizna, sprzęt i zagospodarowanie: 835,95 zł/Mg.

W zakresie rozliczenia składników cenotwórczych dla odpadu kod nr 20 01 08 wskazał, że ta część kalkulacji zawiera część kosztów odbioru i zagospodarowania odpadów o kodzie 20 01 08, w szczególności koszty pracy i koszty transportu, gdyż czynności te wykonywane są jednocześnie i łącznie z odbiorem i transportem odpadów o kodzie 20 03 01, a Przystępujący zdecydował o przeznaczeniu części zysku z tej pozycji kalkulacji na pokrycie kosztów zagospodarowania odpadu o kodzie nr 20 01 08, którego powyższa część kalkulacji zawiera całość kosztów odbioru i transportu. Prognozowana cena zagospodarowania odpadów 20 01 08 przyjęta do obliczeń to 240 zł brutto/Mg. Dla ceny oferowanej w pozycji 10. (kod odpadu 20 01 08) przyjęto 50 zł/Mg odpadu netto, 54 zł/Mg odpadu brutto, gdyż Przystępujący przeznaczył część zysku z powyższej kalkulacji na pokrycie kosztów odbioru i zagospodarowania odpadów 20 01 08 w taki sposób, że oferowana cena w formularzu ofertowym wynosi 54 zł/Mg, część zysku z powyższej kalkulacji przeznacza się na pokrycie kosztów odbioru, zagospodarowania i transportu odpadów o kodzie 20 01 08, tj. 264,05 zł/Mg, razem odbiór, transport i zagospodarowanie odpadów 20 01 08 to 318,05 zł/Mg (taką kwotę przeznacza na odbiór i zagospodarowanie odpadów o kodzie 20 01 08 w roku 2022). Wobec powyższego oferowana cena 54 zł/Mg brutto za odbiór i zagospodarowanie odpadów 20 01 08 nie ma wpływu na końcową cenę oferty i gwarantuje wykonanie usługi z należytą starannością.

W zakresie składników cenotwórczych dla odpadu kod 15 01 02 (poz. 2. załącznika nr 1 do formularza oferty) Przystępujący wyjaśnił, że planuje do wykonania usługi pojazdy dwukomorowe, co umożliwi wykonywanie jednocześnie więcej niż jednej czynności. Cena oferowana w formularzu ofertowym wynosi 250 zł/Mg netto, tj. 270 zł/Mg brutto; prognozowana cena za zrzut i zagospodarowanie odpadu o kodzie 15 01 02 wynosi 90 zł netto, 97,20 zł brutto/Mg; koszty pracy brutto to 160 zł brutto/Mg, koszty transportu odpadu 15 01 02 pokryje z zysku z kalkulacji powyżej, a zastosowanie pojazdów dwukomorowych gwarantuje zmniejszenie kosztów transportu. Wobec powyższego oferowana cena 270 zł/Mg brutto za odbiór i zagospodarowanie odpadów o kodzie 15 01 02 nie ma wpływu na końcową cenę oferty i gwarantuje wykonanie usługi z należytą starannością.

W zakresie składników cenotwórczych dla odpadu kod 15 01 07 (poz. 4. załącznika nr 1 do formularza oferty) Przystępujący wyjaśnił, że planuje zastosowanie pojazdów dwukomorowych, co pozwala na odbiór i transport dwóch rodzajów odpadów jednocześnie. Cena oferowana wynosi 250 zł/Mg netto, tj. 270 zł/Mg brutto; prognozowana cena za zrzut i zagospodarowanie odpadu o kodzie 15 01 07 w roku 2022 wynosi 20 zł netto, 21,60 zł brutto/Mg; koszty pracy brutto 160 zł brutto/Mg, koszty transportu odpadu 15 01 07 Przystępujący pokryje z zysku, z kalkulacji powyżej, a zastosowanie pojazdów dwukomorowych gwarantuje zmniejszenie kosztów transportu. Wobec powyższego oferowana cena 270 zł/Mg brutto za odbiór, zagospodarowanie i transport odpadów o kodzie 15 01 07 nie ma wpływu na końcową cenę oferty i gwarantuje wykonanie usługi z należytą starannością.

Porównywanie cen stosowanych w roku 2021 r. dla obecnie wykonywanej usługi nie może być wykładnikiem cen zastosowanych do oferty, chociażby ze względu na planowane zastosowanie innowacyjnych rozwiązań technicznych oraz z uwagi na różne składniki cenotwórcze stosowane do sporządzenia kalkulacji na rok 2021 i na rok 2022, co jest także wynikiem zdobywania coraz większego doświadczenia i profesjonalizmu w wykonywaniu usług.

W § 8 ust. 2 projektu umowy stanowiącego załącznik do specyfikacji warunków zamówienia Zamawiający wskazał, że wykonawca będzie otrzymywał miesięczne wynagrodzenie stanowiące iloczyn ilości odebranych odpadów w danym miesiącu i stawki za 1 Mg danego rodzaju odpadu określony w formularzu ofertowym.

W kolei w rozdziale 13. specyfikacji warunków zamówienia „Opis sposobu przygotowania ofert”, w punkcie 13.1 Zamawiający zawarł postanowienie, że treść oferty musi odpowiadać treści specyfikacji warunków zamówienia i zawierać formularz oferty wraz z „Uzupełnieniem do Formularza Oferty” (załącznik 1 do SWZ - wzór udostępniony na Platformie). W rozdziale 16. „Opis sposobu obliczenia ceny oferty” pkt 16.1 poinstruował wykonawców, że „za pośrednictwem Platformy w zakładce <<OFERTY>> w Formularzu Oferty Wykonawca umieszcza całkowitą cenę za wykonanie przedmiotu zamówienia obliczoną na podstawie tabeli umieszczonej w Załączniku nr 1 do SWZ - Uzupełnieniu Formularza Oferty uwzględniającej iloczyn ilości megagramów (Mg) odebranych i zagospodarowanych poszczególnych rodzajów odpadów i cen jednostkowych brutto za 1 Mg odpadów.”

Jak więc wynika z powyższego, zgodnie z wymaganiami specyfikacji warunków zamówienia oferta miała zostać sporządzona zgodnie z treścią przygotowanego przez Zamawiającego dokumentu „Uzupełnienie formularza oferty”, w sposób uwzględniający iloczyn ilości megagramów poszczególnych rodzajów odpadów i cen jednostkowych brutto za 1 Mg tych odpadów.

W załączniku „Uzupełnienie formularza oferty” Zamawiający wskazał:

1. w poz. 2. „Opakowania z tworzyw sztucznych”, kod odpadu 15 01 02, ilość Mg 213,9;
2. w poz. 4. „Opakowania ze szkła”, kod odpadu 15 01 07, ilość Mg 184,07;
3. w poz. 10. „Odpady kuchenne ulegające biodegradacji”, kod odpadu 20 01 08, ilość Mg 228,47;
4. w poz. 24. „Odpady ulegające biodegradacji”, kod odpadu 20 02 01, ilość Mg 304,33.

Taką samą ilość powyższych odpadów Zamawiający podał także w rozdziale 2. specyfikacji warunków zamówienia „Opis przedmiotu zamówienia”.

Oznacza to, że każdy z wykonawców miał wycenić odbiór, transport i zagospodarowanie odpadów właśnie o takim kodzie i właśnie w takiej ilości jak podana w formularzu „Uzupełnienie formularza oferty”, gdyż takie było wymaganie specyfikacji warunków zamówienia. Wykonawcy nie byli uprawnieni do modyfikacji założeń Zamawiającego zawartych w specyfikacji warunków zamówienia - czy to w opisie przedmiotu zamówienia, czy w „Uzupełnieniu formularza oferty” - ani do polemiki z tymi założeniami. Jeśli więc Przystępujący uznał, że Zamawiający sporządził szacunki odbioru odpadów o poszczególnych kodach, a w konsekwencji i powyższe dokumenty w sposób nielogiczny, nierealny lub nieprawidłowy, powinien był zgłosić to Zamawiającemu przed złożeniem oferty (w trybie prośby o wyjaśnienie treści specyfikacji warunków zamówienia lub odwołania od postanowień specyfikacji warunków zamówienia).

Przystępujący tymczasem, jak wynika wprost z jego wyjaśnień z 27 września 2021 r. i pośrednio z wyjaśnień z 11 października 2021 r., postanowił złożyć ofertę nie w oparciu o założenia Zamawiającego zawarte w specyfikacji warunków zamówienia, lecz stwierdzając, że odpady z pozycji 10. może potraktować jako odpady z pozycji 24., co jest wprost sprzeczne z wymaganiami specyfikacji warunków zamówienia i już samo w sobie stanowi podstawę do odrzucenia oferty na podstawie art. 226 ust. 1 pkt 5 ustawy Prawo zamówień publicznych, gdyż treść oferty jest niezgodna z warunkami zamówienia. Przy czym na gruncie powyższego przepisu nie ma znaczenia wpływ rozmiaru tej niezgodności na cenę oferty, wystarczający jest sam fakt jej istnienia.

Również Zamawiający nie może zignorować niezgodności treści oferty ze specyfikacją warunków zamówienia, nawet jeśli finalnie uznał, że owa rozbieżność z opisem przedmiotu zamówienia mu nie przeszkadza. Skoro bowiem jest mu obojętne, czy dany rodzaj odpadów zostanie odebrany pod kodem 20 01 08 czy też 20 02 01 (lub też odpowiednio pod innymi kodami w stosunku do innych pozycji), to mógł te rodzaje odpadów ująć w jednej pozycji do wspólnej wyceny, nie wprowadzając w błąd wykonawców, którzy odpady te wycenili (lub wyceniliby) według podanych przez niego kodów i ilości. Ma to szczególne znaczenie dla oferty i jej ceny w przypadku, gdy sposób i koszt odbioru i zagospodarowania poszczególnych rodzajów odpadów jest odmienny.

Powyższa niezgodność oferty ze specyfikacją warunków zamówienia nie może zostać również poprawiona przez Zamawiającego w oparciu o art. 223 ust. 2 pkt 3 ustawy Prawo zamówień publicznych, który stanowi, że zamawiający poprawia w ofercie inne (niż oczywiste omyłki pisarskie i oczywiste omyłki rachunkowe i ich konsekwencje rachunkowe) omyłki polegające na niezgodności oferty z dokumentami zamówienia, niepowodujące istotnych zmian w treści oferty - niezwłocznie zawiadamiając o tym wykonawcę, którego oferta została poprawiona. Po pierwsze bowiem powyższe działanie Przystępującego trudno zakwalifikować jako „omyłkę” - było to jego celowe działanie, po drugie zaś - Zamawiający nie ma żadnych podstaw merytorycznych, by owej poprawki dokonać, tj. nie ma wiedzy, w jaki sposób jej dokonać.

Powyższa kwestia dotyczy także odbioru odpadów zmieszanych. Jak wskazał Zamawiający podczas rozprawy, niedoszacowane ceny jednostkowe innych pozycji nie mają dla niego znaczenia, gdyż Przystępujący wysoko oszacował koszty dotyczące odpadów o kodzie 20 03 01 „Niesegregowane (zmieszane) odpady komunalne”, ujęte w poz. 25. załącznika „Uzupełnienie formularza oferty”. Oznacza to jednak, że Zamawiający akceptuje, iż po pierwsze złożenie oferty niezgodnie z wymaganiami specyfikacji warunków zamówienia - opisu przedmiotu zamówienia i sposobu wyceny oferty, a po drugie - będzie płacił wyższe stawki za wywóz odpadów zmieszanych niż powinien, co jest dla niego niekorzystne

finansowo.

Co do kwestii wyjaśnień oferty i rażąco niskiej ceny oferty Izba stwierdziła - w zakresie formalnym - że pierwsze wezwanie Zamawiającego do wyjaśnień (z 24 września 2021 r.) zostało skierowane z powołaniem się na art. 223 ust. 1 ustawy Prawo zamówień publicznych, który stanowi, że „W toku badania i oceny ofert zamawiający może żądać od wykonawców wyjaśnień dotyczących treści złożonych ofert oraz przedmiotowych środków dowodowych lub innych składanych dokumentów lub oświadczeń. Niedopuszczalne jest prowadzenie między zamawiającym a wykonawcą negocjacji dotyczących złożonej oferty oraz, z uwzględnieniem ust. 2 i art. 187, dokonywanie jakiejkolwiek zmiany w jej treści.” Jest to więc odpowiednik dawnego art. 87 ust. 1 ustawy Prawo zamówień publicznych z 2004 r. Natomiast w drugim wezwaniu Zamawiający powołał się już na art. 224 ust. 1 ustawy Prawo zamówień publicznych („Jeżeli zaofferowana cena lub koszt, lub ich istotne części składowe, wydają się rażąco niskie w stosunku do przedmiotu zamówienia lub budzą wątpliwości zamawiającego co do możliwości wykonania przedmiotu zamówienia zgodnie z wymaganiami określonymi w dokumentach zamówienia lub wynikającymi z odrębnych przepisów, zamawiający żąda od wykonawcy wyjaśnień, w tym złożenia dowodów w zakresie wyliczenia ceny lub kosztu, lub ich istotnych części składowych.”), stanowiący odpowiednik dawnego art. 90 ust. 1 ustawy Prawo zamówień publicznych z 2004 r.

Z formalnego punktu widzenia są to więc różne wezwania, skierowane w oparciu o różne podstawy prawne, nawet jeśli oba merytorycznie dotyczyły wyjaśnienia ceny oferty.

Należy bowiem zauważyć, że wyjaśnienie, o którym mowa w art. 224 ust. 1 ustawy Prawo zamówień publicznych, jest specyficznym rodzajem wyjaśnienia treści oferty, o którym mowa w art. 223 ust. 1 ustawy Prawo zamówień publicznych - odnoszącym się do jednego z elementów jej treści, czyli ceny. Jednak w orzeczeniach Izby wskazuje się, że ze względu na różne konsekwencje proceduralne owych wezwań, wynikające z dyspozycji art. 224 ust. 6 ustawy Prawo zamówień publicznych, co do których informację wezwany wykonawca podejmuje z treści wezwania, istotne jest podanie w wezwaniu jego podstawy prawnej. Zgodnie bowiem z art. 224 ust. 6 ustawy Prawo zamówień publicznych odrzuceniu - jako oferta z rażąco niską ceną lub kosztem - podlega oferta wykonawcy, który nie udzielił wyjaśnień w wyznaczonym terminie lub jeżeli złożone wyjaśnienia wraz z dowodami nie uzasadniają podanej w ofercie ceny lub kosztu, a przepis ten odnosi się do wyjaśnień, o których mowa w art. 224 ust. 1 ustawy Prawo zamówień publicznych. Również odrzucenie oferty na podstawie art. 226 ust. 1 pkt 8 ustawy Prawo zamówień publicznych formalnie wymaga wcześniejszego wezwania do wyjaśnienia kwestii ceny jako potencjalnie rażąco niskiej. Natomiast wezwanie do wyjaśnień skierowane w trybie art. 223 ust. 1 ustawy Prawo zamówień publicznych nie jest opatrzone taką sankcją, choć oczywiście dany zamawiający, jeśli wykonawca nie złoży wyjaśnień lub te wyjaśnienia go nie usatysfakcjonują, może ofertę odrzucić - jako niezgodną ze specyfikacją warunków zamówienia. Tym samym żądanie wyjaśnienia ceny co do zasady nie powinno być oparte wyłącznie na art. 223 ust. 1 ustawy Prawo zamówień publicznych. Zamawiający ewentualnie może podać obie podstawy prawne, w szczególności jeżeli wyjaśnienia mają dotyczyć zarówno ceny, jak i kwestii związanych z przedmiotem oferty. Tym samym, jeśli dany zamawiający wezwał wykonawcę do wyjaśnień powołując się na art. 223 ust. 1 ustawy Prawo zamówień publicznych, a wykonawca wyjaśnień nie złożył lub też zamawiający wyjaśnienia te uznaje za niekompletne, powinien je ponowić już w trybie art. 224 ust. 1 ustawy Prawo zamówień publicznych.

Tym samym nie można uznać, że Zamawiający nie postąpił prawidłowo wzywając Przystępującego po raz kolejny do złożenia wyjaśnień (pomijając fakt, że mógł odrzucić ofertę z powołaniem się na art. 226 ust. 1 pkt 5 ustawy Prawo zamówień publicznych już po pierwszych wyjaśnieniach).

Co do samej kwestii wyceny poz. 2., 4. i 10. załącznika „Uzupełnienie formularza oferty” Izba stwierdziła, że dyspozycja art. 224 ust. 1 ustawy Prawo zamówień publicznych odnosi się wprost do przedmiotu zamówienia: „jeżeli zaofferowana cena lub koszt, lub ich istotne części składowe, wydają się rażąco niskie w stosunku do przedmiotu zamówienia lub budzą wątpliwości co do możliwości wykonania przedmiotu zamówienia zgodnie z wymaganiami określonymi w dokumentach zamówienia” oraz do przepisów „budzą wątpliwości co do możliwości wykonania zgodnie z wymaganiami wynikającymi z odrębnych przepisów”. Tym samym założenia wykonawcy modyfikujące w ofercie przedmiot zamówienia, zmierzające do zmniejszenia lub modyfikacji kosztów w stosunku do założeń opisu przedmiotu zamówienia, jak zrobił to Przystępujący, już same w sobie zaburzają przedmiot jej wyceny. I pomimo że w niniejszym postępowaniu dotyczą poszczególnych pozycji, nie mogą zostać zignorowane. Podobnie odnośnie przepisy dotyczące odbioru i zagospodarowania odpadów są dość restrykcyjne zarówno jeśli chodzi o sposób nadawania im kodu, zmianę tego kodu, ich

oddawanie do odpowiedniej instalacji itd., wykonawca nie dysponuje tu więc dowolnością w realizacji usługi, co z kolei wpływa na koszt jej wykonania.

Przystępujący w swoich wyjaśnieniach jednoznacznie wskazał, że poz. 10. załącznika „Uzupełnienie formularza oferty” została znacznie niedoszacowana (54 zł zamiast 318 zł), zakłada, że nie będzie odbierał odpadów pod tym kodem, a koszty jej wykonania zostały ujęte w innej pozycji (poz. 24.).

W ofercie poz. 10. została wyceniona na kwotę 50 zł netto/Mg, co dało wartość pozycji brutto 12.337,38 zł, zaś poz. 24. na kwotę 600 zł netto/Mg, co dało wartość pozycji brutto 197.205,84 zł. W wyjaśnieniach Przystępujący wskazał, że realny koszt poz. 10 to 318,05 zł/Mg, z czego 264,05 zł zostało ujęte (doliczone) w innych pozycjach.

Zamawiający podczas rozprawy przyznał, że sam minimalny koszt zagospodarowania odpadu o tym kodzie w instalacji to 199,99 zł.

Tym samym nie ma wątpliwości, że pozycja ta została w wyraźny sposób niedoszacowana.

Co do poz. 2. i 4. formularza „Uzupełnienie formularza oferty” Przystępujący w wyjaśnieniach z 11 października 2021 r. wskazał, że dla poz. 2. koszt „zrzutu i zagospodarowania” to 97,20 zł/Mg brutto, a koszt pracy to 160 zł/Mg brutto, podczas gdy cena jednostkowa brutto to 270 zł (250 zł + 8% VAT). Zaś dla poz. 4., że koszt „zrzutu i zagospodarowania” to 21,60 zł/Mg brutto, a koszt pracy to 160 zł/Mg brutto, podczas gdy cena jednostkowa brutto to 270 zł (250 zł + 8% VAT). Przystępujący powołał się też na zastosowanie nieokreślonych „innovacyjnych rozwiązań technicznych”, transport odpadów pojazdami dwukomorowymi, co zmniejsza koszty transportu oraz zdobywanie coraz większego doświadczenia i profesjonalizmu w wykonywaniu usług.

Na wstępie wyjaśnień Przystępujący rozpiął też koszty dotyczące odpadów o kodzie 20 03 01 „Niesegregowane (zmieszane) odpady komunalne”, ujętych w poz. 25. załącznika „Uzupełnienie formularza oferty”, o których wyjaśnienie nie był proszony w wezwaniu, co

Zamawiający - jak wynika z jego stanowiska przedstawionego podczas rozprawy - zinterpretował, że w cenie tej pozycji zostały ujęte koszty z kwestionowanych pozycji. Jest to na gruncie ustawy Prawo zamówień publicznych i specyfikacji warunków zamówienia niedopuszczalne, o czym była mowa powyżej.

Co do samych wyjaśnień należy jednak zauważyć, że powyższe wyliczenia nie zostały niczym umotywowane, tj. z jakich założeń takie kwoty wynikają, brak nawet odniesienia do samych kosztów zagospodarowania odpadów w instalacji, przy czym mowa tu nie tylko o dowodach, ale też braku samej argumentacji Przystępującego, w tym kalkulacji owych elementów kosztotwórczych.

Również pozostałe elementy kosztotwórcze, na które powołuje się Przystępujący, nie zostały wyjaśnione. Przystępujący wskazał na „innovacyjne rozwiązania techniczne”, które nie wiadomo na czym polegają i jaki konkretnie mają wpływ na cenę. Przy czym, jeśli Przystępujący pod tym hasłem rozumie zastosowanie do transportu odpadów pojazdów dwukomorowych, to nie jest to rozwiązanie innovacyjne, lecz od lat standardowe przy odbiorze odpadów. Do tego, aby zmniejszać koszty transportu, a nie je zwiększać (większy pojazd lub większy ciężar ładunku to większe zużycie paliwa, a dłuższa trasa pomiędzy instalacjami to większe zużycie paliwa oraz dłuższy czas pracy kierowcy), musi dotyczyć odpadów, które będą odbierane w tych samych dniach, z tych samych miejsc i transportowane do tej samej instalacji lub instalacji pobliskich, leżących na tej samej trasie. Przystępujący do kwestii tej odniósł się jedynie hasłowo.

Trzeba też zauważyć, że skoro Przystępujący wskazał, iż koszt wykonania danej pozycji został ujęty w innej pozycji, to jednocześnie cena jednostkowa tej pozycji została podważona, bowiem od wskazanej tam ceny należałoby odjąć koszt pozycji niedoszacowanej, czyli np. jeśli w cenie poz. 24. kwota 264,05 zł „przynależy” do poz. 10., zatem koszty wykonania usługi w tym zakresie muszą zostać pokryte z kwoty 335,95 zł.

Tym samym, w ocenie Izby, trudno uznać, że „złożone wyjaśnienia wraz z dowodami uzasadniają podaną w ofercie cenę”, do czego odnosi się art. 224 ust. 6 ustawy Prawo zamówień publicznych.

Należy też podkreślić, że, wbrew twierdzeniom Przystępującego, nie jest jego wyłączną sprawą, w jaki sposób zbuduje i skalkuluje cenę swojej oferty, w których elementach osiągnie zysk lub stratę i z jakich pozycji będzie swoje straty pokrywał. Jak też, że może ewentualnie straty w niniejszym zamówieniu pokrywać z zysków z innych usług. Już nie

odwołując się nawet do innych regulacji w tym zakresie, na gruncie ustawy Prawo zamówień publicznych jest to niezgodne z założeniami procedury zarówno w zakresie uczciwej konkurencji pomiędzy wykonawcami, jak i zgodności z wymaganiami zamawiającego, w szczególności specyfikacją warunków zamówienia, które to elementy stanowią obowiązkowy przedmiot badań zamawiającego, co wynika wyraźnie z art. 223 ust. 1, art. 224 i art. 226 ustawy Prawo zamówień publicznych. Przy czym art. 226 ust. 1 pkt 5, 7 i 8 ustawy Prawo zamówień publicznych nakazują odrzucić ofertę, której treść jest niezgodna z warunkami zamówienia, która została złożona w warunkach czynu nieuczciwej konkurencji w rozumieniu ustawy z dnia 16 kwietnia 1993 r. o zwalczaniu nieuczciwej konkurencji lub która zawiera rażąco niską cenę lub koszt w stosunku do przedmiotu zamówienia.

Formułując zarzuty Odwołujący nie wskazał naruszenia art. 226 ust. 1 pkt 7 ustawy Prawo zamówień publicznych, a jedynie na art. 16 ustawy Prawo zamówień publicznych, zatem Izba nie odnosiła się do tej przesłanki odrzucenia oferty. Należy jednak zauważyć, że w tym zakresie istnieje dość bogate orzecznictwo i piśmiennictwo, które wyklucza finansowanie skrośne (subsydiowanie krzyżowe) polegające na finansowaniu jednych zamówień (usług, dostaw, robót budowlanych) z zysków osiągniętych z realizacji innych zamówień (kiedy wyższe ceny dla jednych odbiorców rekompensują niższe dla innych) lub kiedy zysk z jednego zamówienia idzie na pokrycie strat z innego zamówienia. Jest to wprost uznawane za czyn nieuczciwej konkurencji zaburzający konkurencję w danym postępowaniu o udzielenie zamówienia publicznego i działanie na niekorzyść innych wykonawców biorących udział w danym postępowaniu (vide definicja czynu nieuczciwej konkurencji zawarta w art. 3 ust. 1 ustawy o zwalczaniu nieuczciwej konkurencji - działania sprzeczne z prawem lub dobrymi obyczajami, jeżeli zagraża lub narusza interes innego przedsiębiorcy lub klienta). Podobnie, jeśli wykonawca tak formułuje treść swojej oferty, aby przez zastosowanie „inżynierii cenowej” obejść oczekiwany zakres przedmiotu zamówienia lub oczekiwany sposób wyceny, aby złożyć ofertę z niższą ceną i tym samym zająć wyższą pozycję w rankingu ofert, która to oferta w konsekwencji okaże się lub może okazać się droższa w realizacji - chodzi tu zwłaszcza właśnie o wliczanie kosztów realizacji jednych pozycji kosztorysu/formularza cenowego do innych pozycji przy założeniu, że jedne pozycje (wycenione nisko) nie będą realizowane, a inne (wycenione wysoko) zostaną zrealizowane w ilości większej niż szacowana. Drugim klasycznym przykładem takiego działania jest zawyżone oszacowanie pozycji, które będą wykonywane wcześniej i zaniżone pozycje do wykonania późniejszego przy założeniu rezygnacji przez wykonawcę z wykonania dalszej części umowy, uzyskaniu wyższej zaliczki itp. Wyroki, na które powołał się Zamawiający w odpowiedzi, pochodzą sprzed lat i zawierają już nie do końca aktualne poglądy. Przy tym poglądy tego typu dotyczyły najczęściej obszernych kosztorysów do robót budowlanych oraz wyceny ryczałtowej, a nie kosztorysowej. Przy czym praktyka związana zarówno z rozliczeniami umów, rozwiązanych przed zakończeniem ich realizacji, nawet ryczałtowych - gdzie rozliczenia następowały według wyceny poszczególnych pozycji, jak i inwencja wykonawców dotycząca „inżynierii cenowej” przy składaniu ofert spowodowały, że poglądy w tej dziedzinie w ostatnich latach stały się znacznie bardziej restrykcyjne.

W oparciu o powyższe Izba uznała, że oferta Przystępującego podlega odrzuceniu na podstawie art. 226 ust. 1 pkt 5 oraz art. 226 ust. 1 pkt 8 w zw. z art. 224 ust. 6 ustawy Prawo zamówień publicznych.

O kosztach postępowania odwoławczego orzeczono na podstawie art. 557 i art. 575 ustawy z dnia 11 września 2019 r. - Prawo zamówień publicznych oraz § 2 ust. 1 pkt 2, § 5, § 7 ust. 1 pkt 1 rozporządzenia Prezesa Rady Ministrów z dnia 30 grudnia 2020 r. w sprawie szczegółowych rodzajów kosztów postępowania odwoławczego, ich rozliczania oraz wysokości i sposobu pobierania wpisu od odwołania (Dz.U. z 2020 r. poz. 2437).

Zgodnie z dyspozycją art. 557 ustawy Prawo zamówień publicznych w wyroku oraz w postanowieniu kończącym postępowanie odwoławcze Izba rozstrzyga o kosztach postępowania odwoławczego. Zgodnie z art. 575 ustawy Prawo zamówień publicznych strony oraz uczestnik postępowania odwoławczego wnoszący sprzeciw ponoszą koszty postępowania odwoławczego stosownie do jego wyniku.

Z § 2 ust. 1 pkt 2 ww. rozporządzenia wynika, że wysokość wpisu wnoszonego w postępowaniu o udzielenie zamówienia na dostawy i usługi o wartości przekraczającej progi unijne, o których mowa w art. 3 ust. 1 ustawy Prawo zamówień publicznych, wynosi 15.000 złotych.

Zgodnie z § 5 rozporządzenia do kosztów postępowania odwoławczego, zalicza się wpis oraz uzasadnione koszty stron postępowania odwoławczego w wysokości określonej na podstawie rachunków lub spisu kosztów, złożonych do akt sprawy, obejmujące m.in. koszty związane z dojazdem na wyznaczone posiedzenie lub rozprawę i wynagrodzenie i wydatki jednego pełnomocnika, nieprzekraczające łącznie kwoty 3600 złotych.

Z kolei § 7 ust. 1 pkt 1 rozporządzenia stanowi, że w przypadku uwzględnienia odwołania przez Izbę w całości, koszty ponosi zamawiający; a Izbę zasądza od zamawiającego na rzecz odwołującego równowartość kwoty wpisu oraz koszty, o których mowa w § 5 pkt 2.

Izba uwzględniła zatem uiszczony przez Odwołującego wpis w wysokości 15.000 złotych oraz koszty wynagrodzenia pełnomocnika odwołującego w kwocie 3.600 złotych.

W związku z powyższym Izba orzekła jak w sentencji.

Przewodniczący: