

WYROK

z dnia 14 grudnia 2021 r.

Krajowa Izba Odwoławcza - w składzie:

Przewodniczący: Małgorzata Rakowska

Protokolant: Klaudia Kwadrans

po rozpoznaniu na rozprawie w dniu 9 grudnia 2021 r. w Warszawie odwołania wniesionego do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej w dniu 29 listopada 2021 r. przez wykonawcę

Przedsiębiorstwo Usług Komunalnych Piaseczno Sp. z o.o., ul. Techniczna 6, 05-500 Piaseczno w postępowaniu prowadzonym przez zamawiającego Gminę Piaseczno

- Urząd Miasta i Gminy Piaseczno, ul. Kościuszki 5, 05-500 Piaseczno przy udziale wykonawcy J. Z. prowadzącej działalność gospodarczą pod firmą P.P.H.U. LEKARO J.Z., Wola Ducka 70A, 05-408 Glinianka zgłaszającego przystąpienie do postępowania odwoławczego po stronie zamawiającego,

orzeka:

1. Oddala odwołanie.

2. Kosztami postępowania odwoławczego obciąża wykonawcę Przedsiębiorstwo Usług Komunalnych Piaseczno Sp. z o.o., ul. Techniczna 6, 05-500 Piaseczno i:

2.1. zalicza w poczet kosztów postępowania odwoławczego kwotę 15 000 zł 00 gr (słownie: piętnaście tysięcy złotych zero groszy) uiszczoną przez wykonawcę

Przedsiębiorstwo Usług Komunalnych Piaseczno Sp. z o.o., ul. Techniczna 6, 05-500 Piaseczno tytułem wpisu od odwołania.

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 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:

Uzasadnienie

Gmina Piaseczno - Urząd Miasta i Gminy Piaseczno, zwana dalej „Zamawiającym”, działając na podstawie przepisów ustawy dnia 11 września 2019 r. Prawo zamówień publicznych (tj.: Dz. U. z 2019 r., poz.2019 ze zm.), zwanej dalej „ustawą Pzp”, prowadzi postępowanie o udzielenie zamówienia na „Zagospodarowanie odpadów komunalnych odebranych od właścicieli nieruchomości z terenu Gminy Piaseczno wraz z ich transportem ze stacji przeładunkowej”.

Ogłoszenie o przedmiotowym zamówieniu zostało opublikowane w Dzienniku Urzędowym Unii Europejskiej z dnia 9 lipca 2021 r., nr 2021/S 131-347055.

W dniu 29 listopada 2021 r. (pismem z tej samej daty) wykonawca Przedsiębiorstwo Usług Komunalnych Piaseczno Sp. z o.o., zwany dalej „Odwołującym”, wniósł odwołanie od czynności podjętych przez Zamawiającego w trakcie postępowania polegających na bezpodstawnym odrzuceniu oferty Odwołującego złożonej na część I i III postępowania, zarzucając Zamawiającemu naruszenie art. 224 ust. 6 oraz art. 226 ust. 1 pkt 8 ustawy Pzp.

Odwołujący wniósł o nakazanie Zamawiającemu dokonanie następujących czynności:

1. Unieważnienia czynności odrzucenia oferty Odwołującego,
2. Dokonania oceny ofert z uwzględnieniem oferty Odwołującego, ewentualnie
3. Wskazanie Zamawiającemu obowiązku zwrócenia się do Odwołującego o dalsze wyjaśnienia przed rozstrzygnięciem co do rażąco niskiej ceny.

W uzasadnieniu odwołania Odwołujący podniósł m.in., że jest spółką komunalną nastawioną na realizację zadań publicznych m. in. w zakresie odbioru, transportu i zagospodarowania odpadów a jedynym właścicielem spółki jest Gmina Piaseczno. Odwołujący złożył w przedmiotowym postępowaniu najkorzystniejszą ofertę w zakresie części I i III. Jednakże Zamawiający wybrał ofertę 8-krotnie droższą w zakresie części I oraz 6-krotnie droższą w zakresie części III.

Zamawiający przesłał Odwołującemu żądanie wyjaśnienia rażąco niskiej ceny niezawierające jednak ani jednego konkretnego, ani jednej wątpliwości, ani jednego pytania. Zamawiający ograniczył się do zacytowania art. 224 ust. 1 ustawy Pzp. W takiej sytuacji wykonawca nie ma obowiązku „zgadywania” dlaczego jego cena „wydaje się rażąco niska” lub „budzi wątpliwości” Zamawiającego i jakich informacji Zamawiający oczekuje dla rozwiania swoich wątpliwości. To właśnie z treści wezwania do złożenia wyjaśnień w zakresie rażąco niskiej ceny wykonawca ma czerpać wiedzę o tych aspektach zaoferowanej przez niego ceny za realizację przedmiotu zamówienia, które wzbudziły wątpliwości Zamawiającego. Nie sposób obciążać wykonawcy obowiązkiem antycypowania zakresu wezwania, co prowadzi do wniosku, że w sytuacji, gdy wezwanie jest lakoniczne, nieprecyzyjne, bądź ogólnikowe, zamawiający musi liczyć się z możliwością otrzymania wyjaśnień charakteryzujących się takimi samymi wymienionymi wcześniej cechami. Nie inaczej było w przedmiotowym postępowaniu. Na pytanie stanowiące cytāt z ustawy Pzp, Odwołujący wymienił rodzaje kosztów, które uwzględnił w cenie, zapewnił Zamawiającego o dokonaniu ekstrapolacji obecnych cen na podstawie doświadczenia, wskazał swoje przewagi konkurencyjne, oraz złożył nie budzące co do treści wiążące go oświadczenie, że cena oferty zawiera również zysk, a jak zostanie opisane w dalszej części odwołania Zamawiający dysponował wszystkimi danymi szczegółowymi dotyczącymi wymienionych przez Odwołującego rodzajów kosztów.

Jeśli w przedmiotowej sprawie Zamawiający miał dalsze wątpliwości to powinien wezwać Odwołującego do uzupełnienia złożonych wyjaśnień. W zakresie wyjaśniania rażąco niskiej ceny nie obowiązuje bowiem zasada jednokrotności żądania i odpowiedzi. Zwłaszcza w przypadku tak ogólnego („pustego”) żądania. Odwołujący nie musiał wyjaśniać powyższych kwestii, gdyż są one „z urzędu” znane Zamawiającemu. Zamawiający (a przynajmniej niektórym członkowie komisji przetargowej, reprezentujący Wydział Gospodarki Odpadami UMiG Piaseczno) dysponuje wszechstronnymi danymi pozwalającymi mu na stwierdzenie, że zaoferowana przez Odwołującego cena jest ceną realną, uwzględniającą nie tylko koszty, ale i zyski spółki komunalnej. Zamawiający, jako właściciel Odwołującego, sprawuje nad nim nadzór w trybie przewidzianym w Kodeksie Spółek Handlowych. Dodatkowo, w ramach rozliczenia zawartej umowy „in-house” (umowa nr 2/ 0/2020 z dnia 02.11.2020) Zamawiający badał, w ramach audytu wewnętrznego, w ciągu ostatnich kilku

miesiący (od czerwca 2021), gruntownie i szczegółowo, strukturę kosztów i przychodów spółki, nie tylko wynikających ze wspomnianej umowy, ale wszystkich kosztów i przychodów PUK Piaseczno. Zamawiający doskonale zna nie tylko liczbę pracowników PUK Piaseczno zaangażowanych w poszczególne zadania Spółki, lecz zna nawet ich dane personalne oraz wysokość wynagrodzeń na poszczególnych stanowiskach (i wie, że Odwołujący zatrudnia wszystkich pracowników zgodnie z obowiązującymi przepisami). Zamawiający ma równie

pełną wiedzę na temat kosztów paliwa^A zna również dokładne trasy pojazdów, którymi Odwołujący realizuje poszczególne zadania, a przede wszystkim zna koszty transportu i zagospodarowania wszystkich rodzajów odpadów, które ponosi Spółka (i to z uwzględnieniem ich wszystkich wzrostów i spadków na przestrzeni ostatnich lat), a także wszystkie inne koszty ogólne Spółki, zarówno bezpośrednie, jak i pośrednie. Zamawiający zna szczegółowo zarówno koszty i zyski prowadzenia działalności typu „in-house”, jak i działalności prowadzonej przez Spółkę w zwykłych warunkach rynkowych, tj. tzw. działalności komercyjnej.

Wszystkie te dane były przekazane Zamawiającemu, w tym pracownikom Zamawiającego zasiadającym w komisji przetargowej w postępowaniu, w październiku br., a więc dokładnie w tym samym czasie, w którym Zamawiający dokonał badania i oceny ofert złożonych w postępowaniu. Zamawiający otrzymał nie tylko zestawienia czy analizy kosztów, ale również wprost dane z systemu księgowego wyeksportowane w plikach Excel. Zamawiający zna szczegółowo składniki kosztowe i ww. kwoty sprzedaży odpadów takich jak papier i szkło, ponieważ w maju br. Odwołujący skierował do Zamawiającego, poza niniejszym postępowaniem o udzielenie zamówienia publicznego, ofertę zakupu ww. odpadów. Co więcej, w przypadku przyjęcia przez Zamawiającego ww. oferty Odwołującego, Zamawiający mógł nie tylko uniknąć konieczności wydatkowania środków publicznych na zagospodarowanie przedmiotowych odpadów, lecz również pozyskałby dodatkowe środki z ich sprzedaży.

W dniu 30 listopada 2021 r. Zamawiający kopię otrzymanego odwołania przekazał wykonawcom drogą elektroniczną.

W dniu 3 grudnia 2021 r. (pismem z tej samej daty) wykonawca J.Z. prowadząca działalność gospodarczą pod firmą P.P.H.U. LEKARO J.Z. z siedzibą w miejscowości Wola Ducka zgłosił przystąpienie do postępowania odwoławczego, po stronie Zamawiającego, przekazując kopie przystąpienia Odwołującemu i Zamawiającemu.

W dniu 9 grudnia 2021 r. (pismem z dnia 8 grudnia 2021 r.) Zamawiający złożył odpowiedź na odwołanie i wniósł o oddalenie odwołania w całości.

Uwzględniając dokumentację z przedmiotowego postępowania o udzielenie zamówienia publicznego, jak również biorąc pod uwagę oświadczenia i stanowiska Stron oraz Przystępującego złożone podczas rozprawy, skład orzekający

łączy ustalił i zważył co następuje:

Izba nie znalazła podstaw do odrzucenia odwołania w związku z tym, iż nie została wypełniona żadna z przesłanek negatywnych, uniemożliwiających merytoryczne rozpoznanie odwołania, wynikających z art. 528 ustawy Pzp.

Izba również stwierdziła, że wypełniono przesłanki istnienia interesu Odwołującego w uzyskaniu przedmiotowego zamówienia oraz możliwości poniesienia szkody w wyniku naruszenia przez Zamawiającego przepisów art. 505 ust 1 ustawy Pzp.

Izba stwierdziła skuteczność przystąpienia wykonawcy J.Z. prowadzącej działalność gospodarczą pod firmą P.P.H.U. LEKARO J.Z. z siedzibą w miejscowości Wola Ducka zgłaszającego swoje przystąpienie do postępowania odwoławczego po stronie Zamawiającego.

Izba rozpoznając sprawę uwzględniła akta sprawy odwoławczej, które zgodnie z § 8 rozporządzenia Prezesa Rady Ministrów z dnia 30 grudnia 2020 roku w sprawie postępowania przy rozpoznawaniu odwołań przez Krajową Izbę Odwoławczą (Dz. U. z 2020 r. poz. 2453) stanowią odwołanie wraz z załącznikami oraz dokumentacją postępowania o

udzielenie zamówienia w postaci elektronicznej lub kopia dokumentacji, o której mowa w § 7 ust. 2, a także inne pisma składane w sprawie oraz pisma kierowane przez Izbę lub Prezesa Izby w związku z wniesionym odwołaniem.

Izba uwzględniła także stanowiska oraz oświadczenia Stron i uczestnika postępowania odwoławczego, tj. wykonawcy J.Z. prowadzącej działalność gospodarczą pod firmą P.P.H.U. LEKARO J.Z. z siedzibą w miejscowości Wola Ducka wyrażone w pismach oraz złożone ustnie do protokołu posiedzenia i rozprawy.

Mając na uwadze powyższe skład orzekający Izby merytorycznie rozpoznał złożone odwołanie, uznając, iż odwołanie nie zasługuje na uwzględnienie.

Izba ustaliła następujący stan faktyczny:

W postępowaniu dla części I złożono 3 oferty, a ich ceny były następujące: oferta złożona przez: wykonawcę W. B. prowadzącego działalność gospodarczą pod firmą BYŚ-W. B. z siedzibą w Warszawie - 1.577.988,00 zł; wykonawcę J.Z. prowadzącą działalność gospodarczą pod firmą P.P.H.U. LEKARO J. Z. z siedzibą w miejscowości Wola Ducka - 872.100,00 zł i Odwołującego - 102.600,00 zł. Wartość szacunkową zamówienia dla części I Zamawiający oszacował na kwotę 760.000,00 zł.

W postępowaniu dla części III złożono 3 oferty, a ich ceny były następujące: oferta złożona przez: wykonawcę W. B. prowadzącego działalność gospodarczą pod firmą BYŚ-W. B. z siedzibą w Warszawie - 1.661.040,00 zł; wykonawcę J. Z. prowadzącą działalność gospodarczą pod firmą P.P.H.U. LEKARO J.Z. z siedzibą w miejscowości Wola Ducka - 626.400,00 zł i Odwołującego - 108.000,00 zł. Wartość szacunkową zamówienia dla części III Zamawiający oszacował na kwotę 500.000,00 zł.

Pismem z dnia 6 października 2021 r. Zamawiający zwrócił się do Odwołującego o udzielenie wyjaśnień dotyczących elementów oferty mających wpływ na wysokość ceny w zakresie części I i III zamówienia. Jednocześnie wskazał, że wykonawca winien wykazać, że oferta nie zawiera rażąco niskiej ceny i zrealizuje przedmiot zamówienia za cenę złożoną w ofercie zwłaszcza w zakresie:

- a) wybranych rozwiązań technicznych, wyjątkowo korzystnych warunków usług,
- b) oryginalności usług oferowanych przez wykonawcę,
- c) zgodności z przepisami dotyczącymi kosztów pracy, których wartość przyjęta do ustalenia ceny nie może być niższa od minimalnego wynagrodzenia za pracę albo minimalnej stawki godzinowej, ustalonych na podstawie przepisów ustawy z dnia 10 października 2002 r. o minimalnym wynagrodzeniu za pracę (Dz. U. z 2018 r. poz. 2177 oraz z 2019 r. poz. 1564) lub przepisów odrębnych właściwych dla spraw, z którymi związane jest realizowane zamówienie,
- d) zgodności z prawem w rozumieniu przepisów o postępowaniu w sprawach dotyczących pomocy publicznej,
- e) zgodności z przepisami z zakresu prawa pracy i zabezpieczenia społecznego, obowiązującymi w miejscu, w którym realizowane jest zamówienie,
- f) zgodności z przepisami z zakresu ochrony środowiska.

W odpowiedzi na powyższe, pismem z dnia 11 października 2021 r., Odwołujący złożył wyjaśnienia, podnosząc m.in., iż zaoferowana cena została skalkulowana w oparciu o wskazane istotne składowe cenotwórcze, tj. bezpośrednie koszty zagospodarowania odpadów poszczególnych frakcji, bezpośrednie koszty transportu odpadów do miejsc lokalizacji instalacji, w których następować będzie proces ich zagospodarowania, bezpośrednie koszty eksploatacji infrastruktury technicznej niezbędnej do wykonania przedmiotu zamówienia, przy czym wszystkie z ww. elementów z uwzględnieniem wzrostu ww. kosztów w okresie trwania umowy, ekstrapolowanego na podstawie wzrostu takich kosztów w roku poprzedzającym złożenie oferty - dotyczy to w szczególności wzrostów spowodowanych zmianami cen energii elektrycznej oraz cen paliw, bezpośrednie koszty osobowe związane z wykonaniem przedmiotu zamówienia skalkulowane w oparciu o odpowiednią liczbę roboczogodzin oraz stawki za roboczogodzinę w 2021 i 2022 r. (z uwzględnieniem w szczególności minimalnego wynagrodzenia za pracę oraz wysokości

minimalnej stawki godzinowej, o których mowa w rozporządzeniu Rady Ministrów z dnia 14 września 2021 r. w sprawie wysokości minimalnego wynagrodzenia za pracę oraz wysokości minimalnej stawki godzinowej w 2022 r. (Dz. U. z 2021 r. poz. 1690) oraz pośrednie koszty związane z wykonaniem przedmiotu zamówienia, w tym obliczone proporcjonalnie do całości działalności Spółki koszty biurowego zaplecza osobowego (księgowość, kadry, obsługi klienta) oraz proporcjonalne koszty utrzymania infrastruktury techniczno-lokalowej z

uwzględnieniem przewidywanych wzrostów cen gazu i energii elektrycznej.

Zamawiający, pismem z dnia 18 listopada 2021 r. (wpływ do odwołującego w tej samej dacie), działając na podstawie art. 226 ust. 1 pkt 8 w zw. z art. 224 ust. 6 ustawy Pzp, odrzucił ofertę Odwołującego złożoną w części I i III postępowania ponieważ zawiera rażąco niską cenę w stosunku do przedmiotu zamówienia, a złożone wyjaśnienia nie uzasadniają podanej w ofercie ceny. Dalej wskazał, że Odwołujący udzielił lakonicznych, ogólnikowych wyjaśnień, nie popartych żadnymi dowodami potwierdzającymi wyliczenia i zaoferowania cen w zakresie części I III. Tymczasem zgodnie z art. 224 ust 5 ustawy Pzp obowiązek wykazania, że oferta nie zawiera rażąco niskiej ceny spoczywa na Wykonawcy.

Mając na uwadze powyższe izba zważyła, co następuje

Art. 224 ust. 6 ustawy Pzp stanowi, że 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. Wezwanie skierowane do wykonawcy, w trybie art. 224 ustawy Pzp,

oznacza, że jest on zobowiązany do wykazania, że zaoferowana przez niego cena nie jest rażąco niska. Wykonawca ma więc obowiązek złożenia wyczerpujących wyjaśnień, a złożone wyjaśnienia nie mogą mieć charakteru ogólnego. Są one bowiem składane celem stwierdzenia, że podejrzenie zamawiającego dotyczące rażąco niskiej ceny było nieuzasadnione. Wykonawca zobowiązany jest nie tylko do przedstawienia argumentów dotyczących zaoferowanej ceny ale również do przedstawienia dowodów na ich poparcie, tak aby na ich podstawie zamawiający mógł zweryfikować złożone wyjaśnienia. Zgodnie z ugruntowaną już linią orzecniczą Krajowej Izby Odwoławczej „wyjaśnienia wykonawcy nie mogą stanowić jedynie formalnej odpowiedzi na wezwanie zamawiającego, zawierającej ogólne informacje o działalności wykonawcy lub deklaracje co do realizacji zamówienia za zaoferowaną cenę, niepoparte stosownymi dowodami. Wyjaśnienia wykonawcy muszą być na tyle konkretne i szczegółowe, aby na ich podstawie zamawiający był w stanie dowiedzieć się, jakie okoliczności właściwe wzywaniu do wyjaśnień wykonawcy, spowodowały obniżenie ceny jego oferty i jakich oszczędności wykonawca mógł dzięki nim dokonać.” (wyrok Krajowej Izby Odwoławczej z dnia 16 stycznia 2020 r., sygn. akt KIO 2664/19)

W tym stanie faktycznym, co jest niewątpliwe, zaistniały okoliczności do obligatoryjnego wezwania Odwołującego do złożenia wyjaśnień w zakresie rażąco niskiej ceny. Cena oferty tego wykonawcy była bowiem aż o 88% niższa od szacunkowej wartości zamówienia i o 80 % niższa od ceny oferty wybranego wykonawcy dla części I zamówienia oraz aż o 80% niższa od szacunkowej wartości zamówienia i o 83% niższa od ceny oferty wybranego wykonawcy dla części III zamówienia. Tak więc Odwołujący prawidłowo został wezwany do ich złożenia i w terminie wyznaczonym przez Zamawiającego wyjaśnienia złożył. Decyzja Zamawiającego o odrzuceniu oferty ze względu na zaoferowaną rażąco niską cenę musi być bowiem poprzedzona umożliwieniem wykonawcy złożenia wyjaśnień i dowodów a takich Odwołujący niewątpliwie nie przedstawił, mimo że to na nim spoczywał ciężar dowodu.

Odwołujący wyjaśnił, że zaproponowana przez niego cena została skalkulowana w oparciu o wskazane istotne składowe cenotwórcze, tj. bezpośrednie koszty zagospodarowania odpadów poszczególnych frakcji, bezpośrednie koszty transportu odpadów do miejsc lokalizacji instalacji, w których następować będzie proces ich zagospodarowania, bezpośrednie koszty eksploatacji infrastruktury technicznej niezbędnej do wykonania przedmiotu zamówienia, przy czym wszystkie z ww. elementów z uwzględnieniem wzrostu ww. kosztów w okresie trwania umowy, ekstrapolowanego na podstawie wzrostu takich kosztów w roku poprzedzającym złożenie oferty - dotyczy to w szczególności wzrostów spowodowanych zmianami cen energii elektrycznej oraz cen paliw, bezpośrednie koszty osobowe związane z wykonaniem przedmiotu zamówienia skalkulowane w oparciu o odpowiednią liczbę roboczogodzin oraz stawki za roboczogodzinę w 2021 i 2022 r. (z uwzględnieniem w szczególności minimalnego wynagrodzenia za pracę oraz wysokości minimalnej stawki godzinowej, o których mowa w rozporządzeniu Rady Ministrów z dnia 14 września 2021 r. w sprawie wysokości minimalnego wynagrodzenia za pracę oraz wysokości minimalnej stawki godzinowej w 2022 r. (Dz. U. z 2021 r. poz. 1690) oraz pośrednie koszty związane z wykonaniem przedmiotu zamówienia, w tym obliczone proporcjonalnie do całości działalności Spółki koszty biurowego zaplecza osobowego

(księgowość, kadry, obsługi klienta) oraz proporcjonalne koszty utrzymania infrastruktury techniczno-lokalowej z uwzględnieniem przewidywanych wzrostów cen gazu i energii elektrycznej. Jednak poza lakonicznymi i bardzo ogólnymi stwierdzeniami nie przedstawił żadnych elementów składających się na poszczególne, które zresztą sam wyspecyfikował, istotne składowe ceny. Nie dokonał przy tym żadnych wyliczeń, nie pokazał żadnego zobrazowania możliwości uzyskania tak konkurencyjnej ceny. Nie poparł ich także żadnymi dowodami. Nie podał więc niczego co pozwoliłoby na stwierdzenie, że zaoferowana cena nie jest rażąco niska. Odwołujący nie przedstawił bowiem żadnych elementów wskazujących na istnienie okoliczności wpływających na prawidłowość kalkulacji zaoferowanej ceny, jak również na potwierdzenie podniesionych w wyjaśnieniach argumentów.

Argumentu takiego a co za tym idzie okoliczności skutkującej obniżeniem ceny nie może stanowić fakt, iż Odwołujący od wielu lat zajmuje się profesjonalnie odbiorem oraz zagospodarowaniem odpadów komunalnych pochodzących z terenu Gminy Piaseczno, co należy do przedmiotu bieżącej działalności Spółki. Wszyscy wykonawcy ubiegający się o przedmiotowe zamówienie musieli i wykazali się posiadaniem wymaganego, określonego w SWZ doświadczenia. Takie doświadczenie, jak i wiedzę w realizacji tego typu zamówień posiada także Odwołujący jednakże w żaden sposób nie wykazał jak to się przekłada na wskazywaną optymalizację działań zarządczych a co za tym idzie na kalkulację rzeczywistych kosztów związanych z realizacją tego zamówienia. Oznacza to, że i ten argument jest gołosłowny i niczym nie poparty.

Równie abstrakcyjny jest kolejny podniesiony przez Odwołującego argument. Każde realizowane zamówienie, każda działalność, w tym działalność regulowana a z taką w tym konkretnym stanie faktycznym mamy do czynienia - działalność w zakresie odbierania odpadów komunalnych od właścicieli nieruchomości, wymaga bowiem nie tylko spełnienia szczególnych warunków, określonych przepisami prawa, ale i tego aby były one wykonywane w sposób zgodny z prawem. Nie jest to więc żadna okoliczność szczególna. Jeśli jednak - w ocenie Odwołującego - jest to taka szczególna okoliczność to Odwołujący powinien to w sposób nie budzący wątpliwości wykazać a nie poprzestać na odwołaniu się jedynie do tej okoliczności. Jednoznacznie powinien pokazać jak owa okoliczność wpłynęła na kalkulację zaoferowanej przez niego ceny.

Odwołanie do kosztów osobowych, które mają uwzględniać obowiązkowe składki na ubezpieczenia społeczne oraz ubezpieczenie zdrowotne także niczego nie dowodzi. I w tym przypadku poza ogólnym stwierdzeniem Odwołujący niczego ani nie przedstawił, ani nie wyliczył, ani też niczego nie udowodnił.

Twierdzenia Odwołującego jakoby koszty realizacji przedmiotu zamówienia uwzględniały przewidywane przez Spółkę wzrosty poszczególnych składowych powiększone o zysk, jaki Spółka osiągnęłaby przy zaangażowaniu podobnej infrastruktury na potrzeby realizacji zleceń komercyjnych są także niczym niepoparte. Brak jest bowiem jakichkolwiek wyliczeń i danych, dotyczących zarówno poszczególnych składowych, kosztów ponoszonych w odniesieniu do zleceń komercyjnych, jak i wysokości przewidywanego zysku. Jest to więc kolejny niczego nie wyjaśniający argument.

Kolejną okolicznością na jaką wskazywał Odwołujący, która miała unaocznic błędne działanie Zamawiającego, było wezwanie Odwołującego do złożenia wyjaśnień w zakresie rażąco niskiej ceny podczas gdy sam Zamawiający będący właścicielem Odwołującego (spółki ze 100% udziałem gminy) powinien sięgnąć do znajdujących się w jego posiadaniu materiałów dotyczących gminnej spółki. Z argumentacja tą nie sposób się zgodzić. Postępowanie o udzielenie zamówienia prowadzone jest postępowaniem konkurencyjnym. Wobec tego Zamawiający zobowiązany jest na takich samych zasadach a więc w taki sam sposób traktować wszystkich wykonawców ubiegających się o udzielenie zamówienia. To wykonawca zobowiązany jest w sytuacji gdy zamawiający zwróci się do niego o wyjaśnienia rażąco niskiej ceny, gdyż ciężar udowodnienia, że zaoferowana cena lub koszt nie są rażąco niskie, spoczywa bowiem na wykonawcy, złożyć wyjaśnienia oraz dowody, że zaoferowana cena nie jest rażąco niska. Aby więc przedstawiona Zamawiającemu argumentacja okazała się przekonująca, należy pokazać Zamawiającemu, jak kształtują się koszty realizacji danego zamówienia i gdzie konkretnie dany wykonawca może wygenerować oszczędności pozwalające mu zaoferować warunki lepsze niż konkurencyjni wykonawcy. Tego typu informacje i dowody na ich poparcie powinny być złożone Zamawiającemu w odpowiedzi na skierowane do wykonawcy wezwanie. To wykonawca składa wyjaśnienia. Nie czyni tego na pewno Zamawiający nawet wtedy gdy chodzi o uzyskanie wyjaśnień od wykonawcy będącego jego spółką.

Ponowne wezwanie do złożenia wyjaśnień rażąco niskiej ceny jest możliwe wyłącznie wtedy, jeśli treść wyjaśnień jest niejasna dla Zamawiającego i oczekuje on doprecyzowania niektórych zagadnień. W tym stanie faktycznym nie jest to możliwe. Żądanie ponownych wyjaśnień nie może bowiem prowadzić do złożenia zupełnie nowych wyjaśnień. Musi być zatem uzasadnione w świetle wyjaśnień i dowodów już złożonych. Natomiast wyjaśnienia już

złożone nie tylko, że nie rozwiewają wątpliwości co do podejrzenia rażąco niskiej ceny ale i wskazują, że wykonawca nie wywiązał się z ciążącego na nim obowiązku.

Nie zasadnym jest także argument Odwołującego, że nie udzielił on szczegółowych wyjaśnień, gdyż obawiał się że będą one dostępne dla konkurencyjnych wykonawców a w istocie stanowią tajemnicę jego przedsiębiorstwa. W tym zakresie wykonawca może bowiem podjąć działania mające na celu skuteczne zastrzeżenie takich informacji a w razie ich odtajnienia przez Zamawiającego skorzystać w tym zakresie ze środków ochrony prawnej. Obawa ujawnienia określonych informacji (informacji stanowiących tajemnicę przedsiębiorstwa) nie może prowadzić do składania ogólnikowych i nic nie zawierających wyjaśnień.

Reasumując stwierdzić należy, że Odwołujący, jak słusznie podniósł Zamawiający, nie podjął jakiegokolwiek próby wykazania rzeczywistych kosztów realizacji przedmiotowego zamówienia, i nie wykazał, że cena jego oferty jest ceną realną i prawidłowo skalkulowaną.

Tym samym Izba uznała, że zarzut ten nie potwierdził się.

Biorąc pod uwagę powyższe, orzeczono jak w sentencji.

O kosztach postępowania orzeczono stosownie do wyniku, na podstawie art. 574 ustawy z dnia 11 września 2019 r. - Prawo zamówień publicznych (Dz. U. z 2021 r., poz. 1129 ze zm.) oraz w oparciu o przepisy § 8 ust. 2 rozporządzenia Prezesa Rady Ministrów z dnia 30 grudnia 2020 r. w sprawie szczegółowych rodzajów kosztów postępowania odwoławczego, ich rozliczania oraz wysokości i sposobu pobierania wpisu od odwołania (Dz.U. z 2020 r., poz. 2437).

Przewodniczący: