

WYROK

z dnia 22 grudnia 2021 r.

Krajowa Izba Odwoławcza - w składzie:

Przewodniczący: Magdalena Rams

Protokolant: Łukasz Listkiewicz

po rozpoznaniu na rozprawie z udziałem stron w dniu 21 grudnia 2021 r. odwołania wniesionego do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej w dniu 9 grudnia 2021 r. przez wykonawcę D.A. prowadzącego działalność gospodarczą pod firmą PARTNER D.A., Warszawa,

w postępowaniu prowadzonym przez Zarząd Oczyszczania Miasta, Warszawa,

przy udziale wykonawcy J.J. prowadzącego działalność gospodarczą pod firmą Zielony Świat J.J., Poręba, zgłaszającego przystąpienie do postępowania odwoławczego po stronie zamawiającego,

orzeka:

1. Umarza postępowanie w zakresie zarzutu naruszenia art. 74 ust. 1 i 2 ustawy Pzp w zw. z art. 18 ust. 1 - 3 ustawy Pzp.

2. W pozostałym zakresie oddala odwołanie.

3. Kosztami postępowania obciąża wykonawcę D.A. prowadzącego działalność gospodarczą pod firmą PARTNER D.A., Warszawa i zalicza w poczet kosztów postępowania odwoławczego kwotę 15 000 zł 00 gr (słownie: piętnaście tysięcy złotych zero groszy) uiszczoną przez odwołującego tytułem wpisu od odwołania.

Stosownie do art. 579 ust. 1 i 580 ust. 1 i 2 ustawy z dnia 11 września 2019 r. - Prawo

zamówień publicznych (t.j. Dz. U. z 2019 r., poz. 2019 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: .....

## UZASADNIENIE

W dniu 9 grudnia 2021 r. do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej wpłynęło odwołanie wykonawcy D.A. prowadzącego działalność gospodarczą pod firmą PARTNER D.A., Warszawa (dalej „Odwołujący”) zarzucając zamawiającemu Zarząd Oczyszczania Miasta, Warszawa (dalej „Zamawiający”) naruszenie przepisów Pzp poprzez nieudostępnienie Odwołującemu wyjaśnień złożonych przez Zielony Świat J.J. Budykierz 6a; 07-308 Poręba (dalej: „Zielony Świat” lub „Wykonawca”) (udostępnienie wyłącznie części jawnej) w wyniku zaniechania „odtajnienia” wyjaśnień wykonawcy Zielony Świat. Zamawiający naruszył art. 74 ust. 1 i 2 P.z.p. w zw. z art. 18 ust. 1 — 3 P.z.p. Naruszenie wskazanych przepisów wynika z zaniechania udostępnienia Odwołującemu całości wyjaśnień złożonych przez wykonawcę Zielony Świat i stanowi konsekwencję nieuprawnionego przyjęcia, że wykonawca Zielony Świat skutecznie zastrzegł i wykazał, że informacjom zakodowanym w wyjaśnieniach przysługują atrybuty tajemnicy przedsiębiorstwa. Powyższym zaniechaniem Zamawiający uniemożliwia Odwołującemu zapoznanie się z wyjaśnieniami złożonymi przez wykonawcę Zielony Świat w sposób umożliwiający skuteczne zweryfikowanie przyjęcia przez Zamawiającego, że: a) Wykonawca, złożonymi wyjaśnieniami wykazał, w sposób skuteczny i niebudzący jakichkolwiek wątpliwości, że zaoferowana cena nie ma przymiotu rażąco niskiej, b) zaoferowana przez wykonawcę Zielony Świat cena nie ma charakteru rażąco niskiej i wobec oferty wykonawcy nie zaktualizowała się podstawa eliminacyjna zakodowana w art. 226 ust. 1 pkt 8 P.z.p. ewentualnie: w przypadku ujawnienia, że pomimo skierowanego do Zamawiającego wniosku o udostępnienie informacji o Postępowaniu istniały inne niż przekazane dokumenty lub oświadczenia, dotyczące, chociażby w sposób pośredni zarzutów odwoławczych lub, że zostały one odtajnione ale nie zostały udostępnione Odwołującemu. Odwołujący stawia również zarzut ewentualny, naruszenie przez Zamawiającego art. 74 ust. 1 i 2 w zw. z art. 73 ust. 1 P.z.p. i art. 18 P.z.p. statuujących jawność postępowania o udzielenie zamówienia publicznego, w tym obowiązek udostępniania protokołu postępowania wraz z załącznikami, który są m.in. oferty, świadczenia, zawiadomienia, wnioski jak również inne dokumenty i informacje składane przez zamawiającego i wykonawców; ewentualnie, w przypadku uznania przez Izbę, że nieudostępnienie Odwołującemu wyjaśnień złożonych przez wykonawcę Zielony Świat nie naruszało przepisów o których mowa w pkt 1 ), zarzucam Zamawiającemu naruszenie poniżej wskazanych przepisów P.z.p. poprzez dokonanie dnia 29 listopada 2021 r. wyboru jako oferty najkorzystniejszej oferty złożonej w Postępowaniu przez Zielony Świat: a) podczas gdy oferta złożona przez Zielony Świat podlega odrzuceniu i jako taka nie może zostać wybrana jako najkorzystniejsza bez naruszenia przepisów P.z.p. Zamawiający zaniechał odrzucenia oferty Zielony Świat na podstawie oferta złożona przez Zielony Świat podlega odrzuceniu na podstawie art. 226 ust. 1 pkt 8 P.z.p. w zw. z art. 224 ust. 6 P.z.p. i jako taka nie może zostać wybrana jako najkorzystniejsza. Zamawiający zaniechał odrzucenia oferty złożonej przez Zielony Świat pomimo, że złożone przez tego wykonawcę „jaśnienia są ogólnikowe, lapidarne, wybiórcze i nierzetelne i w konsekwencji nie pozwalają na obalenie domniemania posiadania przez zaoferowaną cenę przymiotu rażąco niskiej ceny. ewentualnie b) wybór oferty Zielony Świat nastąpił przedwcześnie albowiem Zamawiający pomimo niewyjaśnienia przez Wykonawcę wszystkich okoliczności dotyczących ceny złożonej oferty w sposób niebudzący wątpliwości, nie kontynuował procedury wyjaśnień. Zamawiający obowiązany był do kontynuowania procedury wyjaśnienia charakteru ceny, aby z dochowaniem standardu należytej staranności i w sposób niebudzący wątpliwości zweryfikować czy oferta wykonawcy Zielony Świat podlega bądź nie podlega odrzuceniu na podstawie art. 226 ust. 1 pkt 8 P.z.p. (posiada bądź nie posiada przymiot rażąco niskiej ceny).

Odwołujący wniósł o nakazania Zamawiającemu: i) unieważnienia czynności wyboru oferty najkorzystniejszej podjętej przez Zamawiającego dnia 29 listopada 2021 r.; ii) przeprowadzenie ponownego badania i oceny ofert, a w ramach tego badania: udostępnienie Odwołującemu całości wyjaśnień złożonych przez wykonawcę Zielony Świat w trybie art. 224 ust. 1 ustawy Pzp (wraz z załącznikami) ewentualnie: odrzucenie oferty wykonawcy Zielony Świat z uwagi na zaoferowanie rażąco niskiej ceny w stosunku do przedmiotu zamówienia, względnie wezwanie Wykonawcy do złożenia dodatkowych wyjaśnień (kontynuowania procedury wyjaśnienia rażąco niskiej ceny), uznanie oferty Odwołującego za ofertę ocenioną jako najkorzystniejsza i poddania Odwołującego weryfikacji podmiotowej, poprzedzającej wybór jego oferty jako najkorzystniejszej.

Odwołujący wskazał, że Zamawiający dnia 10 listopada 2021 r. wezwał wykonawcę Zielony Świat do złożenia wyjaśnień w zakresie ceny zaofertowanej przez wskazanego wykonawcę. Zgodnie z treścią wezwania: „cena oferty dla części I zamówienia 3.498.000,00 zł jest niższa o co najmniej 30% od średniej arytmetycznej cen wszystkich złożonych ofert. W związku z powyższym, działając na podstawie art. 224 ust. 2 pkt 1) ustawy Prawo zamówień publicznych, Zamawiający wzywa do złożenia wyjaśnień, w tym złożenia dowodów, dotyczących wysokości zaofertowanej ceny. W wyjaśnieniach prosimy o wskazanie czynników mających istotny wpływ na wysokość ceny oferty. Do wyjaśnień należy załączyć kalkulację ceny oferty uwzględniającą dane z załącznika. (...)”. Wykonawca Zielony Świat

dnia 18 listopada 2021 r. złożył Zamawiającemu wyjaśnienia, które miały wykazywać, że zaofertowana przez niego cena nie jest obciążona przymiotem rażąco niskiej. Mając na względzie, że Zamawiający dnia 29 listopada 2021 r. dokonał wyboru oferty wykonawcy Zielony Świat, nie budzi wątpliwości, iż Zamawiający przyjął, że: 1) Wykonawca, złożonymi wyjaśnieniami wykazał, w sposób skuteczny i niebudzący jakichkolwiek wątpliwości, że zaofertowana cena nie ma przymiotu rażąco niskiej, 2) zaofertowana przez wykonawcę Zielony Świat cena nie ma charakteru rażąco niskiej i wobec oferty wykonawcy nie zaktualizowała się podstawa eliminacyjna zakodowana w art. 226 ust. 1 pkt 8 w zw. z art. 224 ust. 6 Pzp.

Odwołujący wskazał, że wykonawca Zielony Świat, obniżył w aukcji elektronicznej zaofertowaną cenę z kwoty pierwotnej 8 883 853,52 zł do kwoty 3 498 000,00 złotych, co stanowi redukcję ceny o kwotę 5 385 853,52 złotych, a więc 0 60,7%. W ocenie Odwołującego stopień redukcji cenowej w ofercie wykonawcy Zielony Świat jest znaczny zarówno w ujęciu nominalnym jak i procentowym. Zaistnienie takiego zjawiska winno stanowić podstawę do szczegółowej analizy źródła redukcji cenowej i ustalenia czy tak znacznie zredukowana cena nie ma przymiotu rażąco niskiej, w szczególności nie tylko ze względu na znaczną różnicę względem średniej arytmetycznej cen ofert złożonych w Postępowaniu, ale również różnicy pomiędzy tą ceną a kwotą jaką Zamawiający zamierzał przeznaczyć na realizację zamówienia. Cena zaofertowana przez Zielony Świat w ramach części I zamówienia, wykazuje przymioty rażąco niskiej, również jeżeli porównania się ją z cenami zaofertowanymi przez Wykonawcę na pozostałe części zamówienia. Za całkowicie chybione w ww. kontekście Odwołujący uznaje stanowcze stanowisko wykonawcy Zielony Świat, iż różnica pomiędzy ceną jego oferty (3 498 000,00 złotych) a kwotą jaką Zamawiający zamierzał przeznaczyć na realizację zamówienia (3 933 852,95 złotych) uzasadnia, że zaofertowana cena jest ceną nie wzbudzającą wątpliwości odnośnie jej realności i rzetelności. Wywodzenie takiej okoliczności jest co najmniej nieuprawnione ww. kontekście, a w ocenie Odwołującego rzetelność kalkulacji cenowej, już z ww. względów jest dalece wątpliwa. Zgodnie z załączonym do oferty kosztorysem (załącznik nr 1) pierwotna cena ofertowa została skalkulowana w następujący sposób: Ze względu na utajnienie przez wykonawcę Zielony Świat, kalkulacji załączonej do wyjaśnień (dowód nr 2) Odwołujący nie ma możliwości zestawienia jej z kalkulacją sporządzoną przez wykonawcę po przeprowadzeniu aukcji elektronicznej. Odwołujący nie ma zatem możliwości realnego zweryfikowania przyjętych przez wykonawcę Zielony Świat elementów kosztowych.

Zarzut nieudostępnienia Odwołującemu wyjaśnień złożonych przez wykonawcę Zielony Świat

Odwołujący wskazał, że w ujęciu formalnym elementem wyjaśnień złożonych przez wykonawcę Zielony Świat dnia 18 listopada 2021 r. było uzasadnienie objęcia części wyjaśnień i załączników tajemnicą przedsiębiorstwa (s. 2 - 10 dokumentu). Czynnością z dnia 26 listopada 2021 r. Zamawiający odtajnił: 1) treść wyjaśnień z 18.11.2021 r. od str. 15 do 28 z wyjątkiem zaznaczeń; 2) dowody nr 6; 7; 12. Zamawiający zaniechał odtajnienia: 1) „zaznaczeń” w treści wyjaśnień, które jak można wywnioskować z kontekstu; 2) Dowodów (ustalono w oparciu o listę dowodów stanowiącą załącznik do wyjaśnień): a) Dowód nr I — Zobowiązanie do zachowania poufności. b) Dowód nr 2 — Kosztorys zamówienia c) Dowód nr 3 — Przykładowa umowa o pracę aktualnie zatrudnionego personelu d) Dowód nr 4 — Umowa utylizacja odpadów P.P.H.U. LEKARO e) Dowód nr 5 — Umowa odpady Progres f)

Dowód nr 8 — Faktura zakupu wkładów do koszy g) Dowód nr 9 — Faktura zakupu wkładów do koszy h) Dowód nr 10 — Oferta zakupu dodatkowego wyposażenia i) Dowód nr II — Polisa ubezpieczenia OC z dowodem uiszczenia składki - dalej łącznie: „dokumenty utajnione” Dokumenty utajnione nie zostały udostępnione Odwołującemu na wniosek. Zaniechanie to stanowi podstawę postawienia przez

Zdaniem Odwołującego powyższe działania Zamawiającego stanowi naruszenie art. 74 ust. 1 i 2 P.z.p. w zw. z art. 18 ust. 1 — 3 P.z.p. Dokumenty utajnione powinny zostać

udostępnione Odwołującemu albowiem wykonawca Zielony Świat nie wykazał, że zastrzeżone informacje stanowią tajemnicę przedsiębiorstwa. Zgodnie z art. 18 ust. 3 P.z.p.

„nie ujawnia się informacji stanowiących tajemnicę przedsiębiorstwa w rozumieniu przepisów ustawy z dnia 16 kwietnia 1993 r. o zwalczaniu nieuczciwej konkurencji (Dz.U. z 2020 r. poz 1913), jeżeli wykonawca, wraz z przekazaniem takich informacji, zastrzegł, że nie mogą być one udostępniane oraz wykazał, że zastrzeżone informacje stanowią tajemnicę przedsiębiorstwa. Wykonawca nie może zastrzec informacji, o których mowa w art. 222 ust. 5”. Niedopełnienie ww. wymogów przez wykonawcę Zielony Świat, stanowi podstawę uznania, że informacje mają charakter jawny i podlegają udostępnieniu. Odwołujący stoi na stanowisku, że podjęcie przez wykonawcę Zielony Świat próby wyłączenia jawności dokumentów utajnionych nakierowane było tylko i wyłącznie na uniemożliwienie innym reflektantom, zapoznania się z złożonymi przez tego wykonawcę wyjaśnieniami i dowodami, a tym samym uniemożliwienie zweryfikowania czy złożone wyjaśnienia rzeczywiście uzasadniają podaną w ofercie (po przeprowadzonej aukcji) cenę. Powyższe ukazuje w szczególności objęcie tajemnicą przedsiębiorstwa dowodu nr 2 — Kosztorysu zamówienia, przy jednoczesnym niepodjęciu próby utajnienia kosztorysu załączonego do oferty przez wykonawcę Zielony Świat. Wykonawca Zielony Świat działając z intencją i z celem udaremnienia weryfikacji złożonych przez siebie wyjaśnień, zastrzegł tajemnicę przedsiębiorstwa, przy czym zastrzeżenie to narusza art. 18 ust. 3 Pzp, nie tylko w konsekwencji nadużycia prawa, ale również ze względu na niewykazanie, że dokumentom utajnionym przysługują atrybuty tajemnicy przedsiębiorstwa. Zgodnie z art. 11 ust. 2 u.z.n.k. „Przez tajemnicę przedsiębiorstwa rozumie się informacje techniczne, technologiczne, organizacyjne przedsiębiorstwa lub inne informacje posiadające wartość gospodarczą, które jako całość lub w szczególnym zestawieniu i zbiorze ich elementów nie są powszechnie znane osobom zwykle zajmującym się tym rodzajem informacji albo nie są łatwo dostępne dla takich osób, o ile uprawniony do korzystania z informacji lub rozporządzania nimi podjął, przy zachowaniu należytej staranności, działania w celu utrzymania ich w poufności.”. Wyłączenie kumulatywne wykazanie, że konkretna informacja posiada wszystkie zakodowane w art. 11 ust. 2 u.z.n.k. cechy i uczynienie tego w sposób niebudzący wątpliwości, co do tych okoliczności, spełnia wymogi wynikające z art. 18 ust. 3 P.z.p. Wykonawca Zielony wiat nie dochował tego standardu. Wykonawca: 1) w czynionych zastrzeżeniach wielokrotnie powołuje się na ogólne, które poza tłem narracyjnym w żaden sposób nie pozwalają na wykazanie, że dokumentom utajnionym przysługują atrybuty tajemnicy przedsiębiorstwa. We wskazanym zakresie Odwołujący wskazał na następujący fragmenty pisma „zastrzeżone informacje nie zostały przez nas ujawnione do wiadomości publicznej a ponadto zawierają szczegółowe informacje o przyjmowanej w postępowaniach strategii ubiegania się o zamówienie (w szczególności w postępowaniach na usługi jak w przedmiocie zamówienia)”, 2) w celu wykazania, że informacjom przysługują atrybuty tajemnicy przedsiębiorstwa w znacznym zakresie przywołuje wyłącznie tezy orzecznicze, nie wiążąc ich w żaden sposób z informacjami zakodowanymi w dokumentach utajnionych. Taki zbiór tez orzeczniczych w żaden sposób nie stanowi „wykazania” że konkretnym informacjom przysługują atrybuty tajemnicy przedsiębiorstwa. Ewentualny walor edukacyjnoinformacyjny takiego zbioru tez, nie może przenosić ciężaru ustalania, względem których informacji i w jakim zakresie tezy te mają zastosowanie in concreto względem dokumentów utajnionych, a tym bardziej stanowić podstawy do doszukiwania się takich aspektów przez Zamawiającego, 3) nie wykazał w żaden sposób, że dokumenty utajnione zawierają „informacje techniczne, technologiczne, organizacyjne przedsiębiorstwa lub inne informacje posiadające wartość gospodarczą”. Skuteczne wykazanie powyższego nie mogło nastąpić w sposób o którym mowa powyżej w pkt 1) i 2) 4) nie wykazał dlaczego kalkulacja załączona do oferty nie została zastrzeżona jako tajemnica przedsiębiorstwa, pomimo że tak samo jak kalkulacja załączona do wyjaśnień zastrzeżona jako tajemnica przedsiębiorstwa zawiera bądź nie zawiera „szczególne informacje, które bezspornie mają samodzielną i obiektywną wartość gospodarczą wymagającą szczególnej ochrony. (...) Sposób kalkulacji ceny w zakresie kosztów

poszczególnych składników cenotwórczych można zaliczyć do informacji, które stanowią niezwykle cenne źródło informacji dla konkurencji. Wyjaśnienia złożone przez

Przystępującego zawierają precyzyjny sposób kalkulacji ceny oferty” (tak wskazano względem kalkulacji załączonej do wyjaśnień). W ocenie Odwołującego, powyższe stanowi nie tylko o braku konsekwencji w działaniach wykonawcy Zielony Świat, jak i o nadużyciu uprawnienia, lecz o tym, że kalkulacja w istocie nie przejawia atrybutów tajemnicy przedsiębiorstwa i powinna podlegać ujawnieniu (tak jak kalkulacja załączona do oferty), 5) poprzestaje na głośnych oświadczeniach, które mają potwierdzać, że wykonawca Zielony Świat podejmuje działania w celu utrzymania informacji w poufności. Wykonawca oświadcza, że „wewnątrz przedsiębiorstwa Wykonawcy dostęp do poszczególnych części tych informacji ma wąski krąg osób związanych z ich wytworzeniem zaś całość udzielonych wyjaśnień znana jest wyłącznie Właścicielowi oraz wskazanemu personelowi zobowiązanemu do zachowania poufności w zawartych umowach oraz odrębnych zobowiązaniach do zachowania poufności. Analogicznie, nasi partnerzy (w tym w szczególności przedstawiający oferty / umowy stanowiące środki dowodowe składane przy

niniejszych wyjaśnieniach ceny), których również wrażliwe informacje znajdują się w treści składanych wraz z wyjaśnieniami dowodów, wymagają od nas przestrzegania poufności udostępnianych informacji handlowych. Podkreślić należy, iż w przedsiębiorstwie Wykonawcy obowiązują zasady określone w Procedurach Bezpieczeństwa. Procedury Bezpieczeństwa, zatwierdzone przez Właściciela to zasady, z którymi ma obowiązek zapoznać się każdy pracownik i współpracownik Wykonawcy przed przystąpieniem do pracy / współpracy z Wykonawcą, i w tym celu odbyć niezbędne szkolenie z zasad bezpieczeństwa, obowiązującego u Wykonawcy. Celem Procedur Bezpieczeństwa jest zapobieganie incydentom naruszenia bezpieczeństwa. Do zabezpieczeń uważanych za najważniejsze dla organizacji z prawnego punktu widzenia należą ochrona danych osobowych, tajemnicy przedsiębiorstwa, prawa własności intelektualnej oraz innych prawnie chronionych tajemnic. Szczegółowe opisy konkretnych realizacji poszczególnych elementów bezpieczeństwa znajdują się w dedykowanych procedurach bezpieczeństwa. Procedury określają sposoby zabezpieczenia sprzętu, infrastruktury, przestrzeni w biurze Wykonawcy, których celem jest zapobieżenie utracie, uszkodzeniu lub innym naruszeniom bezpieczeństwa urządzeń i systemów komputerowych, w tym bezpieczeństwo poczty elektronicznej. Każda informacja jest zatem odpowiednio klasyfikowana i chroniona — zarówno przed nieuprawnionym dostępem wewnętrznym, jak i niebezpieczeństwami dostępu do tej informacji z zewnątrz. Wykonawca oświadcza, że każda osoba, w tym zarówno pracownicy i współpracownicy Wykonawcy, mający styczności z informacjami poufnymi stanowiącymi tajemnicę przedsiębiorstwa w toku wykonywanych zadań na rzecz wykonawcy, jak również kontrahenci i inne osoby zewnętrzne, którym ma zostać przekazana informacja stanowiąca tajemnicę przedsiębiorstwa — zostają zobowiązane do złożenia stosownych oświadczeń dotyczących obowiązku przestrzegania tajemnicy przedsiębiorstwa wraz z informacją o grożącej odpowiedzialności, w przypadku uchybienia powyższemu obowiązkowi. Potwierdzamy jednocześnie, że w zakresie dotyczącym ochrony informacji w zakresie udziału Wykonawcy w przedmiotowym postępowaniu informacje takie posiada wyłącznie odpowiednio Właściciel oraz osoby, które zostały dedykowane do zespołu, który był odpowiedzialny za przygotowanie i złożenie przedmiotowej oferty. Pracownik przedmiotowego zespołu został pouczony o obowiązku dochowania co potwierdzić odrębnym zobowiązaniem”. Zdaniem Odwołującego również dalsze wywody wykonawcy zamieszczone na s. 5, 6 czy 7 pisma mają charakter głośłowny. Wykonawca na wykazanie ww. twierdzeń, dotyczących środków stosowanych w celu potwierdzenia poufności informacji złożył wyłącznie jeden dowód (Dowód nr 1 — Zobowiązanie do zachowania poufności). W pozostałym zakresie oświadczenie wykonawcy jest całkowicie głośłowne, pomimo, że wykonawca miał pełną możliwość przekazania dowodów potwierdzających w ww. okoliczności np. przedkładając Procedury Bezpieczeństwa, które w ocenie wykonawcy mają chronić przed ujawnieniem tajemnicy. Nie przekazując dowodów, wykonawca Zielony Świat nie dochował należytej staranności przy wykazaniu, że informacje posiadają charakter poufny. Powyższe wykazuje, że wykonawca Zielony Świat nie sprostał wymogom art. 18 ust. 3 Pzp. W konsekwencji jego wyjaśnienia i wszystkie załączone dowody w całości powinny zostać odtajnione i jako jawne udostępnione Odwołującemu. Wykonawca powołał się na wyrok z dnia 19 października 2021 r., KIO 2758/21, KIO 2770/21.

Rażąco niska cena (zarzut ewentualny)

Tytułem wstępu Odwołujący wskazał, że niezasadne zastrzeżenie jako tajemnicy przedsiębiorstwa wyjaśnień złożonych przez Wykonawcę w trybie art. 224 ust. 1 Pzp w zasadzie uniemożliwia Odwołującemu prawidłowe skonstruowanie zarzutu rażąco niskiej ceny. Odwołujący w postawionym zarzucie skupia się więc na aspekcie formalnym związanym z brakiem wykazania przez Wykonawcę rynkowego charakteru zaoferowanej ceny, wskazując równocześnie, że w razie uwzględnienia zarzutu związanego z niezasadnym zastrzeżeniem wyjaśnień jako tajemnicy przedsiębiorstwa, niniejszy zarzut winien być potraktowany jako przedwczesny, a Odwołujący możliwość jego postawienia będzie miał dopiero po zapoznaniu się z dokumentami, do których obecnie Zamawiający odmówił mu wglądu, przy czym udostępnienie tych dokumentów — niezależnie od tego, czy inne zarzuty niniejszego odwołania skutkujące odrzuceniem oferty Wykonawcy zostaną uwzględnione — winno nastąpić po uprzednim unieważnieniu wyboru oferty najkorzystniejszej. Odwołujący, działając w warunkach ograniczonego zasobu wiedzy co do treści wyjaśnień złożonych przez Wykonawcę, w oparciu o posiadane informacje kreuje zarzut zaniechania odrzucenia oferty Wykonawcy na podstawie art. 226 ust. 1 pkt 8 ustawy Pzp w zw. z art. 224 ust. 6 ustawy Pzp tj. zaniechania odrzucenia oferty Wykonawcy jako posiadającej przymioty oferty obarczonej rażąco niską ceną. godnie z art. 224 ust. 6 Pzp 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. Odwołujący powołał się na wyrok z dnia 8 września 2021 r. sygn.. akt: KIO 2031/21 oraz wyrok z dnia 20 sierpnia 2021 r., KIO 2249/21.

W ocenie Odwołującego wyjaśnienia wykonawcy Zielony Świat charakteryzują się ogólnikowością i gołosłownością. Pierwszą z wskazanych cech zauważył Zamawiający przy okazji odtajniania wyjaśnień. Jak wskazał Zamawiający „informacje zawarte na w/w stronach odnoszące się do podstaw kalkulacji ceny oferty, wysokości minimalnego wynagrodzenia, wpisu do rejestru BDO, rodzajów materiałów i sprzętu, utylizacji odpadów, kosztów administracyjnych oraz doświadczenia wykonawcy nie stanowią tajemnicy przedsiębiorstwa.

Zawierają one ogólnikowe i lakoniczne stwierdzenia odnoszące się do ogólnych właściwości wykonawcy, charakterystycznych dla większości wykonawców wykonujących tego typu usługi na skalę zbliżoną do firmy Zielony Świat”. Wobec takiego, wprost wyrażonego, stanowiska Zamawiającego dotyczącego pisma Wykonawcy od s. 15 do 28, a więc zasadniczo całości wyjaśnień (pozostałe strony pisma stanowią przywołanie okoliczności, mających uzasadnić objęcie informacji tajemnicą przedsiębiorstwa lub ogólne uwagi dotyczące niezasadności uznania, że zaferowana cena ma przymiot rażąco niskiej) niezrozumiałe jest zaniechanie przez Zamawiającego odrzucenia oferty na podstawie art. 226 ust. 1 pkt 8 Pzp w zw. z art. 224 ust. 6 Pzp. Powyższe okoliczności, nie tylko powinny

stanowić podstawę odtajnienia wyjaśnień, lecz również w pełni uzasadniają odrzucenie oferty Wykonawcy na podstawie art. 226 ust. 1 pkt 8 w zw. z art. 224 ust. 6 Pzp. Odwołujący powołał się na wyrok Izby z dnia 23 lipca 2021 r., KIO 1806/21.

Zdaniem Odwołującego ogólnikowość wyjaśnień wykonawcy Zielony Świat ujawnia się w szeregu fragmentów wyjaśnień, chociażby w następujących: 1) „Cenę należy odnosić do konkretnego przedmiotu zamówienia, jego specyfiki oraz rynku danego rodzaju zamówień. W tym miejscu Wykonawca podkreśla, że w wycenie zostały przyjęte wszystkie wyspecyfikowane w opisie przedmiotu zamówienia jak i we wzorze umowy koszty wymagane przez Zamawiającego. Ze wskazanych wyroków wynika zatem jednoznacznie, że o rażąco niskiej cenie można mówić jedynie wtedy, gdy cena ta nie uwzględnia wszystkich kosztów niezbędnych do prawidłowego wykonania przedmiotu zamówienia, nie odzwierciedla cen rynkowych, gdy cena zakłada realizację zamówienia poniżej kosztów lub gdy jest ceną symboliczną. Wykonawca stoi na stanowisku, że ceny zaproponowanej w jego ofercie nie można w świetle powyższych orzeczeń uznać za rażąco niską skoro: - nie odbiega w znaczny sposób od wartości zamówienia ustalonej przez profesjonalnego i doświadczonego w zamówieniach tego rodzaju Zamawiającego a także cen zaproponowanych przez kilku pozostałych wykonawców w tym Postępowaniu, - uwzględnia ona wszystkie koszty związane z prawidłową realizacją przedmiotu zamówienia przy uwzględnieniu niezbędnych czynników mających wpływ na wysokość ceny oferty, zgodnie z opisem przedmiotu zamówienia zawartym w SWZ, oraz wzorem umowy” 2) „Zgodne z postanowieniami SWZ Wykonawca skalkulował cenę ofertową, która uwzględnia cały zakres rzeczowy określony w SWZ, przewidziany do wykonania w ramach umowy. Wykonawca skalkulował cenę w oparciu o przekazane przez Zamawiającego opis przedmiotu zamówienia i warunki realizacji umowy o zamówienie publiczne. Kalkulacja ceny ofertowej uwzględnia również udzielone przez Zamawiającego wyjaśnienia.” 3) „Dane zawarte w Kosztorysie odzwierciedlają poprawne podstawy kalkulacji i zawierają wyceny i wartości rynkowe zarówno kosztów usług robocizny jak i materiałów i sprzętu. Dokumenty te i obliczenia są kompletne i spójne a także, zdaniem Wykonawcy, pozwalają na weryfikację ich realności rynkowej”. Pozytywnie na poziom rzetelności wyjaśnień, nie tylko nie wpływają ww., ogólnikowe, oświadczenia wykonawcy Zielony Świat, ale cytowanie orzeczeń. Wykonawca szeroko przywołuje stanowiska orzecznicze, jednakże w żaden sposób nie dokonuje ich powiązania z wyjaśnianymi kwestiami. Przytoczone orzeczenia, jako wydane w innych sprawach, co najwyżej mogą stanowić pewien punkt odniesienia, ale nie mogą stanowić podstawy wykazania, że cena nie ma przymiotu rażąco niskiej. Również powoływanie się na posiadane doświadczenie, które w żaden sposób nie ma charakteru swoistego dla wykonawcy Zielony Świat, nie ma żadnego znaczenia dla wykazania, że zaferowana cena nie ma przymiotu rażąco niskiej. Odwołujący wskazał, że posiada nie mniejsze doświadczenia jak wykonawca Zielony Świat. Na rzetelność wyjaśnień nie przekładają się również załączone, jako dowód 12, referencje potwierdzające posiadane doświadczenia. W ocenie Odwołującego, wyjaśnienia wykonawcy Zielony Świat dodatkowo obarczone są gołosłownością. Wykonawca w żaden sposób nie wykazuje rzetelności kalkulacji co najmniej następujących kosztów realizacji zamówienia: 1) paliwa, 2) zarejestrowania i ubezpieczenia nowych pojazdów, 3) dostosowania nowych pojazdów (np. ich oklejenia), 4) kosztów utrzymania bazy, 5) kosztów eksploatacji myjki, 6) kosztów administracyjnych (księgowość, biuro itp.), 7) kosztów telekomunikacji i IT 8) bieżącej naprawy pojazdów i zapewnienia utrzymania ich w należytym stanie, 9) zapewnienia zabezpieczenia należytego wykonania zamówienia, 10) rezerwy tytułem ryzyk. Zdaniem Odwołującego, oprócz ogólnikowości i gołosłowności wyjaśnień, charakteryzują się one nierzetelnością wynikającą z przyjętych założeń kalkulacyjnych. Zamawiający całkowicie zaniechał weryfikacji, co najmniej poniżej wskazanych okoliczności, które wpływają na rzetelność kalkulacji i możliwość uznania, że wykonawca Zielony Świat wykazał, że

zaoferowana cena nie ma przymiotu rażąco niskiej. Jak wskazał wykonawca „Kolejnym zasadniczym kosztem realizacji przedmiotu zamówienia są koszty związane z utylizacją odpadów.”. Powyższe ukazuje, że już sam Wykonawca potwierdza, że koszt ten ma istotne znaczenie — w szczególności, że jest to koszt zewnętrzny Wykonawcy, który nie posiada instalacji do zagospodarowania odpadów. Dodatkowo wykonawca Zielony Świat wskazał, że „składane wraz z niniejszymi wyjaśnieniami dowody w postaci ofert bądź umów stanowią potwierdzenie dostępnego Wykonawcy poziomu cen rynkowych wykonania poszczególnych części zamówienia i potwierdzają jednocześnie rynkowy charakter wyceny przyjętej na potrzeby kalkulacji ceny oferty.” Zgodnie z wykazem załączników — dowodów, odpady miałyby zostać zagospodarowane przez P.P.H.U. LEKARO lub Progres. Z treści wyjaśnień oraz wykazu dowodów, wynika iż instalacje, których operatorami mają być ww. podmioty, są jedynymi do których Wykonawca zamierza przekazywać odpady i z założenia wszelkie koszty obliczył przy uwzględnieniu przekazywania odpadów właśnie tym operatorom. P.P.H.U. LEKARO nie posiada wymaganych uprawnień dla zagospodarowania niesegregowanych (zmieszanych) odpadów komunalnych (tj. frakcji o kodzie 20 03 01), Wg. wiedzy Odwołującego na rynku nie działa żadna instalacja, której operatorem byłby Progres lub podmiot, którego nazwa byłaby zbliżona / podobna do „Progres”.

Odwołującemu wskazał, że znany jest podmiot działający w branży odpadowej — PROGRES M.B., ale podmiot ten nie jest operatorem zagospodarowującym odpady komunalne. Jednocześnie Odwołujący wskazał, że zagospodarowanie, odbieranej w trakcie realizacji zamówienia frakcji odpadów o kodzie 20 03 01 „wyraźnie wyróżnionej w dokumentach zamówienia, jest prawnie limitowane w zakresie cyklu postępowania z odpadami. Niesegregowane (zmieszane) odpady komunalne nie mogą, co do zasady, być zbierane poza miejscem ich wytworzenia (art. 23 ust. 2 pkt 5 u.o.) i muszą być przekazywane bezpośrednio do instalacji. Zakaz z art. 23 ust. 2 pkt 5 u.o. doznaje liberalizacji przepisem art. 23 ust. 10 u.o. pozwalającym na zbieranie wskazanej frakcji odpadów w stacji przeładunkowej, ale wyłącznie prowadzonej przez: 1) podmiot odbierający odpady komunalne od właścicieli nieruchomości lub 2) prowadzącego instalację komunalną, lub 3) prowadzącego instalację do przetwarzania bioodpadów. Wykonawca Zielony Świat nie posiada własnej stacji przeładunkowej, a co najmniej w wyjaśnieniach tej okoliczności nie powołał a tym bardziej nie wykazał załączonymi dowodami. Ani P.P.H.U. LEKARO lub Progres (przyjmując, że podmiotem tym jest PROGRES M.B.), nie prowadzą instalacji komunalnej. Jednocześnie podmioty te działające jako operatorzy odbioru odpadów komunalnych nie mogą przyjmować od wykonawcy odpadów na stację przeładunkową. Potwierdza to zarówno brzmienie art. 23 ust. 10 u.o. jak również orzecznictwo sądów administracyjnych, np. wyrok Wojewódzkiego Sądu Administracyjnego w Łodzi z dnia 26 kwietnia 2017 r., II SA/Łd 979/16, zgodnie z którym „Z przepisów tych wynika w sposób oczywisty, że podmiot odbierający odpady komunalne od właścicieli nieruchomości jest uprawniony do zbierania zmieszanych odpadów komunalnych w posiadanej przez siebie stacji przeładunkowej. Pojęcie stacji przeładunkowej nie jest zdefiniowane w ustawie, ale jak słusznie podnosi skarżąca spółka należy utożsamiać to pojęcie ze zbieraniem odpadów, przez które należy rozumieć m.in. tymczasowe magazynowanie odpadów (art. 3 pkt 34 w związku z art. 3 pkt 5 lit. b) u.o.)” W konsekwencji wykonawca Zielony Świat nie może przekazywać odpadów do stacji przeładunkowej i zobowiązany jest przekazywać je bezpośrednio do instalacji posiadającej wymagane uprawnienia (zezwolenia). Wykonawca Zielony Świat nie może również innych odpadów przekazywać z wykorzystaniem

infrastruktury — albowiem takiej nie posiada. Wykonawca nie posiada bazy magazynowej

lub stacji przeładunkowej, a przynajmniej na posiadanie takiej się nie powołuje i nie wykazuje tej okoliczności. W konsekwencji wykonawca Zielony Świat zobowiązany będzie wszystkie odpady przewieźć bezpośrednio do instalacji. Odwołujący stoi na stanowisku, że Wykonawca nie wykazał w sposób rzeczywisty i prawidłowy miejsca do którego przekaże odpady komunalne, do którego może uczynić to w sposób zgodny z prawem, co rzutuje istotnie na rzetelność całych wyjaśnień, w tym kalkulacji (nie tylko w zakresie kosztów utylizacji odpadów). Mając na względzie ww. założenia, dające się wywieść z części jawnej wyjaśnień, w zakresie logistyki, znaczne wątpliwości wzbudza również rzetelność kalkulacji kosztów transportu odpadów (w szczególności w zakresie długości tras, jakie będą konieczne do pokonania w trakcie realizacji zamówienia, a w konsekwencji również i czasu pracy pracowników wykonawcy — kierowców). Zarzut braku rzetelności wyjaśnień Odwołujący opiera również na okoliczności, iż Wykonawca wskazał w treści wyjaśnień rażąco niskiej ceny, że nie posiada wszystkich wymaganych pojazdów. Załączone screeny (zrzuty ekranów) nie potwierdzają żadnych parametrów pojazdów, ich stanu technicznego, a w konsekwencji nie wykazują czy przyjęte przez wykonawcę koszty związane z koniecznością zapewnienia (zakupu) pojazdów są rzetelne i zostały prawidłowo skalkulowane. Po zapoznaniu się ze zrzutami ekranów, wiadome jest, że pojazdy te (w aktualnym stanie) na pewno nie spełniają wymogów ustanowionych dokumentami zamówienia, a ich dostosowanie do tych wymogów wymaga większych nakładów niż założył do wykonawca. Pojazdy te jako pojazdy używane, o niskim koszcie zakupu, już w oparciu o

zwykle doświadczenie życiowe, będą awaryjne, co nie tylko będzie generowało koszty napraw, lecz również konieczność zapewnienia pojazdów awaryjnych (zastępczych). Wykonawca oświadczył, że nie ma pojazdów podstawowych, a w konsekwencji należy przyjąć, że tym bardziej nie zapewnił pojazdów zastępczych. Jednocześnie wykonawca nie uwzględnił kosztów zapewnienia takich pojazdów (ich nabycia czy też najmu). Ponadto zakup pojazdu, zarejestrowanie i przygotowanie do świadczenia usług wymaga

odpowiedniego czasu, wobec pierwotnego czasu świadczenia usług tj. od dnia 01. 12.2021 do 30. 11 .2022 jest nie możliwym posiadanie wskazanego sprzętu.

Zarzut zaniechania kontynuowania wyjaśnień (zarzut ewentualny)

Odwolujący w ramach zarzutu ewentualnego, wskazał, że jeżeli okoliczności wskazane przez Odwołującego w pkt 2 uzasadnienia, nie zostaną uznane za wystarczające dla wykazania, że zaoferowana przez wykonawcę Zielony Świat cena ma charakter rażąco niskiej, to zasadne jest przyjęcie, że niezłożenie przez wykonawcę Zielony Świat szczegółowych wyjaśnień w zakresie okoliczności wskazanych w pkt 2 nie pozwala na niebudzące wątpliwości przyjęcie przez Zamawiającego, że cena zaoferowana przez wykonawcę nie ma przymiotu rażąco niskiej. W konsekwencji uzasadnione jest kontynuowania przez Zamawiającego procedury wyjaśniającej, w której wykonawca Zielony Świat wyjaśni Zamawiającemu sposób skalkulowania oferty, poprzez szczegółowe wyjaśnienie okoliczności, wykazujących, że w zaoferowanej cenie uwzględniono koszty, które na podstawie wyjaśnień wykonawcy wydają się całkowicie pomięte, a które mają istotne znaczenie dla oceny charakteru zaoferowanej ceny. W warunkach tak daleko idących braków w treści wyjaśnień, pozostawienie ich bez jednoznacznych odpowiedzi, nie pozwala na uznanie, że zaoferowana przez wykonawcę Zielony Świat cena nie ma charakteru rażąco

niskiej. Z kolei cel jakiego służy zarówno weryfikacji rażąco niskiej ceny ofertowej, jak i instytucja odrzucenia ofert obarczonych rażąco niskiej ceną, sprzeciwia się niedochowaniu standardu należytego wyjaśnienia okoliczności, które co najmniej mogą wskazywać na posiadanie przez cenę przymiotu rażąco niskiej. Zaniechanie przeprowadzenia takich wyjaśnień, nie może zyskiwać na aprobatę wyłącznie ze względu na chęć szybkiego zakończenia postępowania o udzielenie zamówienia publicznego.

Izba ustaliła co następuje:

Izba ustaliła, że Zamawiający prowadzi postępowanie o udzielenie zamówienia publicznego pn.: „Opróżnianie koszy na terenie m.st. Warszawy”. Zamówienie zostało podzielone na 6 części. Zgodnie z informacją z dnia 11 listopada 2021 r. Zamawiający zamierzał przeznaczyć na realizację zamówienia kwotę 13 542 126,63 zł (brutto).

Izba ustaliła, że Zamawiający przewidział w wybór oferty najkorzystniejszej poprzez przeprowadzenie aukcji elektronicznej. W SWZ Zamawiający wskazał następujące kryteria oceny ofert:

Sposób oceny ofert w toku aukcji elektronicznej:

- Kryterium oceny ofert licytowanym w toku aukcji elektronicznej jest CENA.
- Postąpienia składane w toku aukcji elektronicznej będą podlegały automatycznej ocenie i

klasyfikacji, według następującej formuły matematycznej

cena najtańszej oferty

$C = \text{-----} \times 100$  cena oferty badanej

Izba ustaliła, że w postępowaniu zostały złożone następujące oferty:

Numer oferty	WYKONAWCA	CENA ofertowa brutto					
		Część I	Część II	Część III	Część IV	Część V	Część VI
1	PPHU LEKARO J.Z.	43 967	25 539	14 337	26 374	21 013	20 123
	Wola Ducka 70A, 05-408 Glinianka	847,60	246,00	162,00	950,00	830,00	370,00
2	FAGUS sp. z o.o. Al. Krakowska 110/114, 00-971 Warszawa	9 491 512,28	5 515 511,94	3 094 292,88	5 695 188,30	4 542 547,50	4 345 126,20
	PU A.O. ul. Topolowa 30/180, 03-138 Warszawa		6 409 125,00				
4	REMONDIS sp. z o.o. ul. Zawodzie 18; 02-981 Warszawa	11 226 929,40	6 545 529,00	3 665 358,00	6 754 455,00	5 414 175,00	5 164 020,00
	Konsorcjum firm: BYŚ W.B. - lider EKO-BYŚ sp. z o.o. ul. Arkuszowa 43, 01-934 Warszawa	15 352 350,66	8 913 950,10	5 004 830,70	9 206 446,50	7 330 054,50	7 023 037,50
6	POLSUPER sp. z o.o. ul. Krakowskie Przedmieście 4, 00-333 Warszawa	11 437 920,58	6 648 320,16	3 731 134,32	6 865 603,20	5 471 712,00	5 243 518,80
	AG - Complex sp. z o.o. ul. Płytowa 14, 03-046 Warszawa	13 145 399,28	7 635 718,80	4 287 513,60	7 886 430,00	6 278 094,00	6 021 108,00
8	EKO-MAX Recykling sp. z o.o. ul. Modlińska 129 lok. U7, 03-186 Warszawa				7 499 614,50	6 026 170,50	
	PreZero Warszawa sp. z o.o. ul. Zawodzie 5, 02-981 Warszawa	7 106 074,53	4 129 516,51	2 318 327,78	4 264 900,56	3 396 399,12	3 257 825,40
10	PARTNER D.A. ul. Płytowa 1, 03-046	5 715 342,29	3 321 298,08	1 864 757,16	3 429 939,60	2 732 994,00	2 618 681,40
	Warszawa						
11	Zielony Świat J.J. Budykierz 6a; 07-308 Poręba	2 133 8 833 853,52					
	JOCKER S.J. ul. Serocka 1A/2, 07-200 Wyszków		5 778 656,10	3 241 582,20	5 966 689,50	4 760 437,50	4 559 058,00
13	W.F. Usługi Transportowe, Porządkowe, Ogrodnicze Kacice 44, 06-100 Pułtusk	11 070 329,40	6 446 169,00		6 655 095,00		
	D.M. Stary Mysłkówek 55, 07-206 Somianka	5 572 694,70	3 253 054,50	1 822 689,00	3 357 517,50	2 687 377,50	2 562 300,00

- Ceną wyjściową w aukcji elektronicznej dla każdego wykonawcy jest cena ofertowa brutto zaproponowana przez danego wykonawcę w złożonej ofercie.

Izba ustaliła, że Zamawiający w dniu 28 października 2021 r. poinformował wykonawców o terminie aukcji elektronicznej. Aukcja została przeprowadzona w dniu 4 listopada 2021 r. Izba ustaliła, że w zakresie części 1 zamówienia wykonawca Zielony Świat złożył najkorzystniejszą ofertę cenową.

Izba ustaliła, że pismem z dnia 10 listopada 2021 r. Zamawiający poinformował wykonawcę Zielony Świat, że podczas aukcji elektronicznej, jego cena oferty dla części I zamówienia wyniosła 3.498.000,00 zł i jest niższa o co najmniej 30% od średniej arytmetycznej cen wszystkich złożonych ofert. Zamawiający działając na podstawie art. 224 ust. 2 pkt 1) ustawy Prawo zamówień publicznych, wezwał wykonawcę do złożenia wyjaśnień, w tym złożenia dowodów, dotyczących wysokości zaoferowanej ceny. Zamawiający wskazał, że do wyjaśnień należy załączyć kalkulację ceny oferty uwzględniającą dane z załącznika, w którym Zamawiający wyszczególnił elementy jakie wykonawca winien uwzględnić w kalkulacji kosztów realizacji zamówienia.

Izba ustaliła, że wykonawca Zielony Świat pismem z dnia 18 listopada 2021 r. złożył wyjaśnienia. Treść wyjaśnień została zastrzeżona przez wykonawcę jako informację stanowiącą tajemnicę przedsiębiorstwa. Izba ustaliła, że pismem z dnia 26 listopada 2021 r. Zamawiający poinformował wykonawcę Zielony Świat o odtajnieniu części złożonych wyjaśnień tj.: od str. 15 do 28 z wyjątkiem zaznaczeń oraz dowodów nr 6; 7; 12. Zdaniem Zamawiającego informacje zawarte na w/w stronach odnoszące się do podstaw kalkulacji ceny oferty, wysokości minimalnego wynagrodzenia, wpisu do rejestru BDO, rodzajów materiałów i sprzętu, utylizacji odpadów, kosztów administracyjnych oraz doświadczenia

Wykonawcy nie stanowią tajemnicy przedsiębiorstwa. Zawierają one ogólnikowe i lakoniczne stwierdzenia odnoszące się do ogólnych właściwości Wykonawcy, charakterystycznych dla większości wykonawców wykonujących tego typu usługi na skalę zbliżoną do firmy Zielony Świat. Dowody nr 6 i 7 są ogólnodostępnymi ofertami sprzedaży samochodów zamieszczonymi w internecie. Natomiast referencje (dowód nr 12) wystawione dla Wykonawcy przez jednostki samorządowe stanowią informację publiczną i nie mogą być zastrzeżone jako tajemnica przedsiębiorstwa.

Izba ustaliła, że Zamawiający pismem z dnia 29 listopada 2021 r. poinformował wykonawców o wynikach postępowania. W części I zamówienia oferta wykonawcy Zielony Świat została wybrana jako oferta najkorzystniejsza.

Izba zważyła co następuje:

Odwwołanie podlegało częściowemu umorzeniu. Odwołujący na posiedzeniu z udziałem stron złożył oświadczenie o cofnięciu zarzutu naruszenia art. 74 ust. 1 i 2 ustawy Pzp w zw. z art. 18 ust. 1 - 3 ustawy Pzp. W tym zakresie Izba umorzyła postępowanie.

W zakresie w jakim odwołanie podlegało rozpoznaniu, Izba uznała, że zarzuty podniesione przez Odwołującego nie potwierdziły się.

Zarzut naruszenia art. 226 ust. 1 pkt 8 ustawy Pzp w zw. z art. 224 ust. 6 ustawy Pzp

W ocenie Izby, powyższy zarzut nie znalazł potwierdzenia w sprawie. Należy wskazać, że zgodnie z art. 224 ust. 1 ustawy Pzp, jeżeli zaoferowana 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 wycieszenia ceny lub kosztu, lub ich istotnych częsci składowych. Ponadto, zgodnie z art. 224 ust. 6 ustawy Pzp, 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.

Izba wskazuje, że wykonawca Zielony Świat przedstawił szczegółowe wyjaśnienia czynników cenotwórczych wraz z kosztorysem zawierającym wycieszenia wymaganych przez Zamawiającego pozycji kosztoryskowych. Wykonawca wyszczególnił w kosztorysie stawki wynagrodzenia dla pracowników, koszty związane z utylizacją odpadów, koszty paliwa/energii elektrycznej, koszty utrzymania samochodów, koszty wyposażenia koszy we wkłady. Sposób wycieszenia ww. kosztów został opisany w części opisowej wyjaśnień wykonawcy. Wykonawca Zielony Świat złożył również dowody na wykazanie rynkowego charakteru przyjętych założeń cenowych. Wykonawca wyjaśnił również sposób w jaki uwzględnił ryzyko kontraktowe w postaci nieprzewidywanego wzrostu kosztów realizacji zamówienia.

Izba wskazuje, że zasadnicza zaś część argumentacji Odwołującego w zakresie omawianego zarzutu sprowadzała się do retorycznego zanegowania wyjaśnień złożonych przez wykonawcę Zielony Świat. Odwołujący wskazał na szereg elementów które, w jego ocenie, nie zostały zawarte w treści wyjaśnień. Przy czym Odwołujący w żaden sposób nie odnosi się do wartości merytorycznej wyjaśnień i konkretnych danych w nich zawartych. Izba zaznacza, że w złożonym kosztorysie zostały zawarte dane dotyczące kosztów robocizny, materiałów i sprzętu, paliwa, ubezpieczenia. W treści wyjaśnień zostały zawarte informacje co do przewidywanego wynagrodzenia, którego wartość została określona na poziomie nie niższym niż minimalne wynagrodzenia za pracę. Dodatkowo wskazać należy, że wykonawca Zielony Świat skonkretyzował wymagania Zamawiającego w podziale na poszczególne elementy składowe kosztów robocizny w zależności od kategorii pracowników i trybu pracy.

Polemika zaś Odwołującego sprawdza się wyłącznie do zanegowania wycieszeń wykonawcy. Zasadność zarzutu nie może być uznana wyłącznie w oparciu o negowanie określonych okoliczności czy też subiektywne twierdzenia innego wykonawcy dążącego do uzyskania zamówienia. Zasadność zarzutu musi być oparta na dowodach, a w przypadku obiektywnej niemożności ich przedłożenia, w oparciu o merytoryczną i uzasadnioną argumentację wykonawcy. Jak wskazał Sąd Okręgowy w Gliwicach w wyroku z 29 czerwca 2009 r. sygn. akt X Ga 110/09 „O tym jakie twierdzenia lub zarzuty podnosi strona w postępowaniu nie przesądza bowiem proponowana przez nią kwalifikacja prawna ale okoliczności faktyczne wskazane przez tę stronę. Jeśli więc strona nie odwołuje się do konkretnych okoliczności faktycznych to skład orzekający nie może samodzielnie ich wprowadzić do postępowania tylko dlatego, że można je przyporządkować określonej, wskazanej w odwołaniu kwalifikacji prawnej.” Zdaniem Izby Odwołujący nie wykazał okoliczności faktycznych, które mogłyby stanowić podstawę do uwzględnienia podniesionego zarzutu. Okoliczność tą pośrednio potwierdził sam Odwołujący, wskazując w treści odwołania, że brak możliwości zapoznania się z pełną treścią wyjaśnień wykonawcy Zielony Świat uniemożliwia mu pełne sformułowanie zarzutu rażąco niskiej ceny. Przy czym sam Odwołujący wycofał zarzut niezasadnego zaniechania odtajnienia pełnej treści wyjaśnień wykonawcy, pozbawiając się tym samym możliwości poprawnego sformułowania zarzutu naruszenia art. 224 ust. 6 ustawy Pzp.

Odnosząc się do nielicznych twierdzeń Odwołującego zawartych w odwołaniu, Izba wskazuje w pierwszej kolejności, że istotą postępowania wyjaśniającego dotyczącego wysokości zaoferowanej ceny za realizację zamówienia jest ustalenie czy przyjęta przez wykonawcę wycena elementów składających się na zamówienia jest rynkowa i realna. Wyjaśnienia te mają służyć weryfikacji sposobu wyceny kontraktu i ryzyk związanych z jego realizacją. Należy podkreślić, że każda wycena zamówienia jest hipotetyczną analizą kosztów realizacji prac, dokonaną w oparciu o indywidualne doświadczenie i uwarunkowania wykonawcy. Nie sposób zatem wymagać, aby na etapie wyceny wykonawca dysponował już zawartymi umowami czy listą konkretnych pracowników, sprzętu na wykonanie prac, chyba że co innego wynika z treści SWZ. Zadaniem wykonawcy jest wykazanie, że przyjęte założenia co do wyceny są rynkowe i możliwe do uzyskania. Odnosząc się zatem do argumentów Odwołującego o wypowiedzeniu umowy przez firmę PPHU Lekarzo na odbiór i zagospodarowanie odpadów, zdaniem Izby okoliczność ta nie ma znaczenia dla sprawy. Należy bowiem wskazać, że wykonawca nie miał obowiązku złożenia wraz z ofertą umowy na odbiór i zagospodarowanie odpadów objętych przedmiotem zamówieniem. Po drugie, Izba wskazuje, że Odwołujący uzasadniając omawiany zarzut wskazał w odwołaniu, że firma

Lekaro nie posiada stosowanego zezwolenia na odbiór i zagospodarowanie odpadów objętych przedmiotem zamówienia. Podczas rozprawy, Odwołujący zaprezentował już inne uzasadnienie swojego zarzutu, a mianowicie, że umowa jaką zawarł wykonawca Zielony Świat została wypowiedziana przez Lekaro, co rzekomo miałoby potwierdzać zarzut naruszenie art. 226 ust. 1 pkt 8 w zw. z art. 224 ust. 6 ustawy Pzp. Wskazując, że Odwołujący de facto zmieniał podstawę faktyczną swojego zarzutu na etapie rozprawy, przedstawiając inne okoliczności faktyczne niż wskazane w treści odwołania, co jest, w ocenie Izby, niedopuszczalne, to i tak okoliczność, iż firma Lekaro wypowiedziała umowę wykonawcy Zielony Świat pozostaje bez wpływu na zasadność zarzutu. Należy bowiem podkreślić, iż istotą wyjaśnień jest wykazanie rynkowego charakteru kosztów przyjętych przez wykonawcę do wyceny. Zdaniem Izby przejęta przez wykonawcę Zielony Świat średnia wycena zagospodarowania odpadów na poziomie 850 zł/tona jest ceną rynkową, co potwierdzają dokumenty złożone w sprawie, chociażby umowa z Lekaro, gdzie koszt taki został wyceniony na poziomie 660 zł/tona. Izba zaznacza, że umowa nie została wypowiedziana ze względu na cenę, ale brak możliwości przerobowych instalacji. Zdaniem Izby Odwołujący nie przedstawił żadnych dowodów na wykazanie nierynkowego charakteru przyjętej przez wykonawcę Zielony Świat ceny za odbiór i zagospodarowanie odpadów. Nie wykazał, że przyjęta przez wykonawcę wycena kosztu realizacji tej części zamówienia jest nierealna czy niedostępna na rynku. Gros argumentacji Odwołującego sprowadzało się do twierdzenia, że skoro Lekaro wypowiedziało umowę, to wykonawca Zielony Świat nie wykazał, że prawidłowo skalkulował koszty realizacji zamówienia, a tym samym Zamawiający winien wezwać go do uzupełnienia wyjaśnień. Izba nie podziela takiego stanowiska wykonawcy. Odwołujący bowiem w żaden sposób nie wykazał, iż koszty

realizacji zamówienia wzrosną w przypadku wyboru innej instalacji, a nawet jeżeli wzrosną to takie ryzyko nie zostało uwzględnione przez wykonawcę. Zdaniem Izby wykonawca Zielony Świat w sposób wystarczający wykazał w jaki sposób takie ryzyko zostało skalkulowane w kosztach realizacji zamówienia (tj. przyjęcie dwukrotnie wyższej wartości odpadów niż przewidywana przez Zamawiającego).

Odnosząc się do zarzutów dotyczących pojazdów z użyciem których wykonawca przewiduje realizację zamówienia, Izba zauważa w pierwszej kolejności, że dysponowanie flotą pojazdów nie stanowiło warunku podmiotowego udziału w postępowaniu, a wyłącznie wymóg odnoszący się do realizacji przedmiotu zamówienia, w sytuacji jego uzyskania przez wykonawcę. Izba zauważa, że wykonawca w złożonych wyjaśnieniach przedstawił informacje na temat floty pojazdów jakie posiada i może przeznaczyć na realizację zamówienia, a jednocześnie w odniesieniu do wskazanych jednostek sprzętowych przedstawił informacje odnośnie przyjętych w wycenie kosztów nabycia takich pojazdów oraz wykazał realność założonych kosztów w tym zakresie i powszechną dostępność od ręki takich pojazdów za pomocą złożonych ofert rynkowych. Podkreślenia wymaga, że wyjaśnienia prezentują szczegółowe koszty nabycia pojazdów, ich eksploatacji w tym kosztów paliwa, ubezpieczeń oraz napraw i zostały one ustalone ze znaczącym i bezpiecznym zapasem - w tym w odniesieniu do kosztów zakupu paliw.

Odnosząc się do zarzutów i twierdzeń dotyczących wykonawcy Progress, Izba zauważa, że w treści wyjaśnień wykonawca Zielony Świat wskazał, że umowa z tym wykonawcą została

złożona na okoliczność wykazania, że wycena przyjęta przez wykonawcę jest realna i rynkowa. Zdaniem Izby, przyjmując, iż wykonawca Progress nie posiada stosowanego zezwolenia na odbiór i zagospodarowanie śmieci o kodzie 20 03 01, to dowód złożony przez wykonawcę Zielony Świat uznaje należy za niepotwierdzający okoliczności na jaki został przedłożony. Nie sposób jednak uznać, że stanowi to potwierdzenie zaofiarowania przez wykonawcę rażąco niskiej ceny.

Bez znaczenia dla sprawy są dowody złożone przez Odwołującego w postaci korespondencji z podmiotami posiadającymi możliwość odbioru i zagospodarowania odpadów o kodzie 20 03 01. Po pierwsze Izba wskazuje, że gros tej korespondencji datowana jest na rok 2020 r. i trudno uznać ją za aktualną. Po drugie, Izba wskazuje, że fakt, iż podmioty te nie wyraziły zainteresowania obiosem i zagospodarowaniem odpadów dostarczanych przez Odwołującego, nie stanowi potwierdzenia i dowodu na okoliczności, iż wykonawca Zielony Świat nie będzie miał takiej możliwości w przypadku otrzymania zamówienia przez Zamawiającego. Tym bardziej dokumenty te nie stanowią dowodu na wykazanie zasadności zarzutu naruszenia art. 224 ust. 6 ustawy Pzp.

Mając na uwadze powyższe, Izba uznała zarzut naruszenia art. 224 ust. 6 w zw. z art. 226 ust. 1 pkt 8 ustawy pzp za niezasadny. Jak wielokrotnie wskazywano w orzecznictwie

Krajowej Izby Odwoławczej, cena rażąco niska to cena nierealna, niepozwalająca na realizację zamówienia z należytą starannością, wskazująca na zamiar realizacji zamówienia poniżej kosztów własnych wykonawcy, niepozwalająca na wygenerowanie zysk. Takich okoliczności w analizowanym stanie faktycznym Odwołujący nie wykazał. Odwołujący nie wykazał również, iż złożone przez wykonawcę Zielony Świat wyjaśnienia uzasadniają twierdzenie, że zaoferował on rażąco niskiej ceny za realizację zamówienia.

Odnosząc się do zarzutu zaniechania kontynuowania wyjaśnień ceny przez Zamawiającego, Izba uznała zarzut za niezasadny. Zdaniem Izby, Odwołujący nie wykazał w jakim zakresie wyjaśnienia wykonawcy Zielony Świat są niepełne, niekonkretne czy ogólnikowe. Odwołujący w sposób ogólny zakwestionował treść wyjaśnień, nie znając ich treści. Na etapie rozprawy, Odwołujący dążył do wywołania wrażenia nieprawidłowości w wyliczeniach przedstawionych przez wykonawcę w wyjaśnieniach wychodząc poza zakres faktycznych zarzutu wskazany w odwołaniu. Jak Izba wskazała powyżej, takie działanie uznać należy za nieuprawnione. Ponadto, przywołane przez Odwołującego okoliczności nie uzasadniają ponownego wezwania wykonawcy Zielony Świat do złożenia wyjaśnień bowiem wykonawca wykazał rynkowy charakter założeń kosztowych, zaś Odwołujący w tym zakresie nie przedstawił dowodów na wykazanie twierdzeń zawartych w odwołaniu dotyczących naruszenia art. 224 ust. 6 ustawy Pzp w zw. z art. 226 ust. 1 pkt 8 ustawy Pzp.

Mając na uwadze powyższe, Izba orzekła jak w sentencji.

O kosztach postępowania orzeczono stosownie do wyniku na podstawie art. 557 oraz art. 574 ustawy z 11 września 2019 r. Prawo zamówień publicznych oraz w oparciu o przepisy § 5 pkt 1 oraz § 8 ust. 2 pkt 1

Przewodniczący: .....