

Sygn. akt: KIO 2464/23

WYROK

z dnia 1 września 2023 r.

Krajowa Izba Odwoławcza - w składzie:

Przewodniczący: Katarzyna Odrzywolska

Protokolant: Tomasz Skowroński

po rozpoznaniu na rozprawie z udziałem stron i uczestników postępowania w dniu 1 września

2023 r. w Warszawie odwołania wniesionego do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej w dniu 21 sierpnia 2023 r. przez wykonawców wspólnie ubiegających się o zamówienie Przedsiębiorstwo Usług Komunalnych Sp. z o.o.; R. L. prowadzącego działalność gospodarczą pod firmą Usługi Transportowe R. L. z siedzibą lidera w Rumi

w postępowaniu prowadzonym przez zamawiającego Gminę Miasto Gdynia

przy udziale wykonawcy Przedsiębiorstwa Robót Sanitarno- Porządkowych Sanipor Sp. z o.o. z siedzibą w Gdyni zgłaszającego przystąpienie do postępowania odwoławczego po stronie zamawiającego

orzeka:

1. uwzględnia odwołanie i nakazuje zamawiającemu: unieważnienie czynności wyboru

oferty najkorzystniejszej w części VII zamówienia oraz powtórzenie czynności badania i oceny ofert, w tym odrzucenie oferty złożonej przez wykonawcę Przedsiębiorstwo Robót Sanitarno- Porządkowych Sanipor Sp. z o.o. z siedzibą w Gdyni, jako zawierającej rażąco niską cenę;

2. kosztami postępowania odwoławczego obciąża zamawiającego, i:

2.1. zalicza w poczet kosztów postępowania odwoławczego kwotę 15 000,00 zł. 00 gr. (słownie: piętnaście tysięcy złotych zero groszy) uiszczoną przez odwołującego tytułem wpisu od odwołania;

2.2. zasądza od zamawiającego na rzecz odwołującego kwotę 19 200,00 zł. 00 gr. (dziewiętnaście tysięcy dwieście złotych zero groszy) stanowiącą koszty postępowania odwoławczego poniesione z tytułu wpisu od odwołania, wynagrodzenia pełnomocnika oraz dojazdu na rozprawę.

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 2023 r., poz. 1605) 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 2464/23

UZASADNIENIE

Gmina Miasto Gdynia (dalej: „zamawiający”) prowadzi, na podstawie przepisów ustawy z dnia 11 września 2019 r. - Prawo zamówień publicznych (Dz. U. z 2023 r., poz. 1605) - zwanej dalej „ustawa Pzp”, postępowanie o udzielenie zamówienia publicznego w trybie przetargu nieograniczonego pn.: „Odbiór i zagospodarowanie odpadów komunalnych z terenu Gminy Miasta Gdyni z nieruchomości, na których zamieszkują mieszkańcy” z podziałem

na części; znak sprawy: ROG.271.2.2023 - dalej „postępowanie” lub „zamówienie”.

Ogłoszenie o zamówieniu zostało opublikowane w Dzienniku Urzędowym Unii Europejskiej w dniu 17 maja 2023 r. pod numerem 2023/S 095-293105.

W dniu 21 sierpnia 2023 r. przez wykonawców wspólnie ubiegających się o zamówienie Przedsiębiorstwo Usług Komunalnych Sp. z o.o.; R. L. prowadzącego działalność gospodarczą pod firmą Usługi Transportowe R. L. z siedzibą lidera w Rumi (dalej „odwołujący”) do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej, zostało wniesione odwołanie wobec czynności zamawiającego polegającej na dokonaniu wyboru, jako najkorzystniejszej w części VII zamówienia, oferty złożonej przez wykonawcę Przedsiębiorstwo Robót Sanitarno - Porządkowych „Sanipor” Spółka z ograniczoną odpowiedzialnością z siedzibą w Gdyni (dalej: „Sanipor” lub „przystępujący”).

Odwołujący zarzucił zamawiającemu naruszenie poniższych przepisów:

1. art. 224 ust. 1 i 6 ustawy Pzp w zw. art. 226 ust. 1 pkt 8 ustawy Pzp poprzez wadliwą ocenę wyjaśnień rażąco niskiej ceny złożonych przez Sanipor i zaniechanie odrzucenia oferty Sanipor pomimo, iż wykonawca ten nie złożył wyjaśnień spełniających wymagania określone w art. 224 ustawy Pzp, a w konsekwencji cena oferty Sanipor jest ceną rażąco niską;

2. art. 226 ust. 1 pkt 8 ustawy Pzp poprzez zaniechanie odrzucenia oferty Sanipor pomimo, iż wykonawca ten złożył ofertę zawierającą rażąco niską cenę;

3. art. 226 ust. 1 pkt 7 ustawy Pzp w zw. z art. 3 ust. 1 ustawy o zwalczaniu nieuczciwej konkurencji, dalej „uznk” i art. 15 ust. 1 pkt 1 uznk poprzez zaniechanie odrzucenia oferty złożonej przez Sanipor pomimo, iż została złożona w warunkach czynu nieuczciwej konkurencji w rozumieniu ustawy z dnia 16 kwietnia 1993 r. o zwalczaniu

nieuczciwej konkurencji polegającym na sprzedaży usług i towarów poniżej kosztów ich świadczenia/ wytworzenia, co również stanowi działanie sprzeczne z prawem i dobrymi obyczajami,

a także stanowi naruszenie interesu innych wykonawców oraz zamawiającego;

4. art. 16 ustawy Pzp, poprzez prowadzenie postępowania w sposób niezapewniający zachowania uczciwej konkurencji oraz równego traktowania wykonawców poprzez brak odrzucenia oferty Sanipor pomimo zaistnienia okoliczności, wskutek których oferta tego wykonawcy winna zostać odrzucona przez zamawiającego, a także z uwagi na żądanie przez zamawiającego przekazania dowodów braku rażąco niskiej ceny, które nie zostały przedstawione przez Sanipor, a następnie brak weryfikacji tego faktu przez zamawiającego (zignorowanie braku przedłożenia żądanych dowodów) i uznanie przez zamawiającego wyjaśnień wyłącznie na podstawie oświadczeń wykonawcy, że jego oferta nie zawiera rażąco niskiej ceny.

W związku z powyższym odwołujący wniósł o uwzględnienie odwołania w całości i nakazanie zamawiającemu: unieważnienia czynności wyboru oferty najkorzystniejszej w części VII zamówienia oraz powtórzenia czynności badania i oceny ofert w tej części.

Odwołujący, na potwierdzenie swoich zarzutów, przywołał następującą argumentację.

W pierwszej kolejności wskazał, że cena zaoferowana przez wykonawcę Sanipor za realizację zamówienia w części VII była niższa o ponad 30 % od szacunkowej wartości zamówienia powiększonej o VAT. Z tego powodu zamawiający wezwał tego wykonawcę do złożenia wyjaśnień, wraz z niezbędnymi dowodami, w przedmiocie rażąco niskiej ceny w dniu 22 czerwca 2023 r., a wykonawca ustosunkował się do pisma zamawiającego i złożył odpowiedź w dniu 29 czerwca 2023 r.

Następnie, z uwagi na istotne braki i uogólnienia w złożonych wyjaśnieniach oraz brak jakichkolwiek dowodów, zamawiający ponownie w dniu 6 lipca 2023 r. wezwał Sanipor do uszczegółowienia złożonych wyjaśnień, w tym po raz kolejny do przedłożenia dowodów. W odpowiedzi na wezwanie wykonawca w dniu 10 lipca 2023 r. złożył kolejne wyjaśnienia, jednak i tym razem nie przedstawił żadnych dokumentów potwierdzających wyliczenia zaproponowanej w ofercie ceny.

Odwołujący w tym miejscu zauważył, że brzmienie art. 224 ust. 1 ustawy Pzp wiąże się z powstaniem domniemania rażąco niskiej ceny oferty wykonawcy wezwanego do wyjaśnień, którego ciężar obalenia spoczywa na wykonawcy wezwanym do ich złożenia (tak Krajowa Izba Odwoławcza w wyroku z dnia 10 listopada 2017 r., sygn. akt KIO 2256/17).
Z kolei
zgodnie

z art. 224 ust. 5 ustawy Pzp obowiązek wykazania, że oferta nie zawiera rażąco niskiej ceny

lub kosztu spoczywa na wykonawcy. To na wykonawcy ciąży obowiązek przekonania zamawiającego, że zaoferowana przez niego cena jest wystarczająca dla zrealizowania przedmiotu zamówienia. To, że pewne kategorie kosztów określone są z góry (np. rozporządzenie dotyczące płacy minimalnej), nie oznacza, że dany oferent skalkulował te koszty w takiej właśnie wysokości. Temu właśnie służą przepisy o odrzucaniu ofert z powodu rażąco niskiej ceny, by takich sytuacji unikać (tak w Wyroku Krajowej Izby Odwoławczej z dnia 10 marca 2023 r., sygn. akt KIO 500/23). Zamawiający informacje dotyczące indywidualnych elementów kalkulacji danej ceny, jak również okoliczności, które wpływają na daną kalkulację, uzyskuje od danego wykonawcy w wyniku wezwania do złożenia wyjaśnień w określonym, wskazanym przez zamawiającego zakresie i terminie. Tym samym wykonawca składający wyjaśnienia zamawiającemu, winien wskazać wszystkie okoliczności, które stanowiły podstawę dokonanej wyceny. Wyjaśnienia winny być jasne, konkretne i spójne, a także adekwatne do przedmiotu zamówienia, uwzględniać jego założenia oraz specyfikę właściwą np. dla danej branży. Ponadto winny wskazywać okoliczności i podstawę obniżenia przez wykonawcę ceny w stosunku do przedmiotu zamówienia.

Tym samym wykonawca składający wyjaśnienia zamawiającemu, już w ramach swoich wyjaśnień, winien wskazać na te okoliczności, które stanowiły podstawę dokonanej wyceny, bowiem to na wykonawcy spoczywa obowiązek wykazania, że oferta nie zawiera rażąco niskiej ceny. Ustawodawca wprowadził w tym zakresie odwrócony ciężar dowodu. Oznacza to, że w odniesieniu do oceny wystąpienia ceny rażąco niskiej (lub rażąco niskiego kosztu)

to wykonawca musi wykazać (za pomocą wyjaśnień i stosownych dokumentów), że taka cena nie wystąpiła. Jeżeli wykonawca nie wykaze, że złożona przez niego oferta nie zawiera ceny rażąco niskiej, jego oferta będzie podlegała odrzuceniu. Odwołujący podkreślił w tym miejscu, że jeżeli wykonawca powołuje się na właściwe tylko jemu okoliczności powodujące możliwość znacznego obniżenia ceny oferty (np. upusty dedykowane tylko temu wykonawcy, szczególne

oferty jakie uzyskał odnośnie świadczonych usług czy realizowanych etc.) i możliwe jest wsparcie tej argumentacji dowodem, to wówczas taki dowód powinien być złożony zamawiającemu, aby uczynić wyjaśnienia przekonującymi, a jednocześnie pełnymi (tak

w Wyroku Krajowej Izby Odwoławczej z dnia 7 marca 2023 r., sygn. akt KIO 442/23). Istotne jest, aby składane wyjaśnienia nie miały charakteru ogólnego. Celem składanych wyjaśnień jest bowiem stworzenie podstaw do twierdzenia, że podejrzenie dotyczące rażąco niskiej ceny oferty było nieuzasadnione. Na konieczność przedstawienia szczegółowych wyjaśnień dodatkowo wskazuje fakt, iż wykonawca zobowiązany jest nie tylko do sformułowania

twierdzeń dotyczących ceny lub kosztu, ale również do przedstawienia dowodów na ich poparcie, tak aby na ich podstawie zamawiający mógł zweryfikować złożone wyjaśnienia. Prawo zamówień publicznych nie określa katalogu dowodów, które wykonawca zobowiązany jest złożyć zamawiającemu w celu uzasadnienia racjonalności i rynkowej wyceny swojej oferty. Oznacza to, że każdy dowód, który w ocenie wykonawcy potwierdza stanowisko prezentowane w wyjaśnieniach, może okazać się przydatny i pomocny zamawiającemu przy dokonywanej ocenie.

Odwołujący przypomniał także, że w przepisie mowa jest o „wykazaniu”, czyli udowodnieniu, że cena nie jest rażąco niska. Tym samym 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 muszą być na tyle konkretne i szczegółowe, aby na ich podstawie zamawiający był w stanie dowiedzieć się, jakie okoliczności właściwe wzywaniem do wyjaśnień wykonawcy, spowodowały obniżenie ceny jego oferty, w jaki sposób okoliczności te spowodowały obniżenie ceny i jakich oszczędności wykonawca mógł dzięki nim dokonać. W zależności od przedmiotu zamówienia, wykonawca powinien wykazać przykładowo: ceny poszczególnych materiałów, ceny ofertowe dostawców, przyjętą technologię i organizację robót) usług, koszty wynagrodzeń, koszty podwykonawców, koszty stałe (paliwa, energia), koszty zarządzania, koszty zabezpieczenia należytego wykonania umowy, koszty ubezpieczenia, rezerwę, zysk. Obowiązkiem wykonawcy jest zatem przedstawienie tych składników i wykazanie indywidualnych czynników wpływających na to, że wykonawca mógł zaoferować tak niską cenę.

Dodatkowo, ustawodawca wymaga, aby wskazane w wyjaśnieniach informacje były poparte dowodami, którymi w zależności od rodzaju zamówienia i treści wyjaśnień, mogą być przykładowo oferty uzyskane od dostawców, w tym zawierające uzgodnione upusty, umowy wstępne z podwykonawcami, umowy o pracę, czy zawarte w samych wyjaśnieniach obliczenia, wskazujące na prawidłowość kalkulacji cenowej i zysk (wyrok Krajowej Izby Odwoławczej z 16 stycznia 2020 r., sygn. akt KIO 2664/19).

Sanipor zobowiązany był zatem do udowodnienia, iż zaoferowana cena ma charakter realny, znajduje odzwierciedlenie w nakładach, które należy ponieść na zrealizowanie przedmiotu zamówienia oraz, iż zachodzą po stronie tego wykonawcy obiektywne czynniki, które zaniżenie ceny oferty usprawiedliwiają. Wykonawca powinien był przedstawić wyjaśnienia konkretne i wyczerpujące, wraz z dołączeniem dowodów na potwierdzenie podnoszonych twierdzeń i wskazywanych wartości. Zgodnie bowiem z pierwszym wezwaniem z dnia 22 czerwca 2023 r., zamawiający zażądał: przedstawienia kalkulacji ceny,

wskazania czynników cenotwórczych, wykazania, że przyjęte ceny wystarczają na pokrycie całkowitych kosztów wykonania zamówienia, określenia okoliczności, wpływających na sytuację wykonawcy pozwalającą na przyjęcie cen zaoferowanych oraz załączenie dowodów potwierdzających realność przyjętych kosztów. Wyjaśnienia miały uwzględniać koszty pracy, zgodnie z przepisami dotyczącymi minimalnego wynagrodzenia za pracę lub minimalnej stawki godzinowej oraz przepisami z zakresu prawa pracy i zabezpieczenia społecznego. Ponadto wyjaśnienia mogły dotyczyć w szczególności kwestii przewidzianych w art. 224 ust. 3 ustawy Pzp.

W kolejnym wezwaniu zamawiający zażądał uszczegółowienia poszczególnych elementów kalkulacji takich jak: roczny koszt utylizacji odpadów komunalnych, koszt pracy brygad, koszt worków, pozostałe koszty. W uszczegółowieniu zamawiający wezwał do przedstawienia konkretnych założeń, wraz z przedstawieniem konkretnych obliczeń dla elementów, z których zamawiający będzie mógł jednoznacznie wyprowadzić kwoty dla elementów składających się na przedstawioną kalkulację ceny np. w zakresie kosztów pracy brygad poprosił o przedstawienie liczby brygad i osób na danym stanowisku, wymiaru zatrudnienia w tym zamówieniu, wysokości wynagrodzenia tych osób itd. Podobnie w przypadku pozostałych, wykazanych elementów, w szczególności poprosił o wskazanie jakie koszty i w jakiej wysokości kryją się pod pozycją „koszty pozostałe”. Odwołujący zauważył, że sam zamawiający wskazał w piśmie, iż wyjaśnienia powinny odnosić się i uwzględniać wskazane przez wykonawcę czynniki cenotwórcze: wynegocjowane ceny paliw, własna baza transportowa, wynagrodzenia, ceny utylizacji odpadów i inne. W uszczegółowieniu zażądał, aby wykonawca doprecyzował oraz przedstawił informacje w zakresie wskazanych cenników cenotwórczych, pozwalających na zidentyfikowanie konkretnego wpływu wskazanych czynników na cenę oraz przedstawienie dowodów na te okoliczności. Zamawiający ponownie zwrócił się do wykonawcy z prośbą, aby przedstawiona kalkulacja pozwalała zamawiającemu, w drodze logicznego rozumowania, wywnioskować z czego dane kwoty wynikają, w szczególności poprzez uszczegółowienie informacji pozwalających na zidentyfikowanie sposobu osiągnięcia wskazanych kwot. Ponowiono również prośbę o przedstawienie dowodów na wykazane w wyjaśnieniach okoliczności takich jak: umowy, oferty, dokumenty księgowe itp. dokumenty potwierdzające przyjęte założenia

do kalkulacji ceny. Co istotne w drugim piśmie o wyjaśnienie rażąco niskiej ceny zamawiający trzykrotnie wzywał Sanipor do przedstawienia dowodów potwierdzających jego twierdzenia oraz wyliczenia.

Na marginesie odwołujący wskazał, że skierowanie do wykonawcy powtórnego wezwania do złożenia wyjaśnień możliwe jest tylko w szczególnie uzasadnionych

przypadkach i może dotyczyć wykonawcy, który rzetelnie złożył pierwsze wyjaśnienia, np. gdy w świetle złożonych wcześniej wyjaśnień pojawiły się u zamawiającego nowe wątpliwości (tak Wyrok Krajowej Izby Odwoławczej z dnia 15 marca 2023 r., sygn. akt KIO 545/23). Dalej podkreślił, że w zakresie pierwszych wyjaśnień Sanipor próżno mówić o rzetelności, gdyż ograniczyły się one wyłącznie do powoływania wartości i cen na zasadzie głoślowych oświadczeń. Tym samym też w świetle powyższego wyroku KIO trudno doszukiwać się, aby zamawiający powziął nowe wątpliwości w zakresie zaoferowanej ceny przez Sanipor. W omawianym przypadku zamawiający, wobec niepełnych i głoślowych oraz niespójnych wyjaśnień Sanipor, wezwał tego wykonawcę do wyjaśnienia tych samych co dotychczas rozbieżności, które również w ocenie odwołującego nie zostały wyjaśnione w wyniku drugiego pisma. W odpowiedzi na wezwanie do złożenia wyjaśnień z dnia 29 czerwca 2023 r. wykonawca posłużył się wieloma ogólnikami, które nie sprostają obaleniu domniemania rażąco niskiej ceny. W zakresie czynników cenotwórczych wykonawca ograniczył się do wskazania, że są to wynegocjowane ceny paliw, własna baza transportowa, wynagrodzenia, ceny utylizacji odpadów i inne. Do wyjaśnień nie złożono jednak ani jednej przykładowej oferty z preferencyjną stawką ceny paliwa bądź utylizacji odpadów, czy wykazu co wchodzi w skład floty transportowej wykonawcy. Ponadto wykonawca powołuje się, że posiada własne zaplecze techniczne, sprzęt oraz urządzenia do realizacji przedmiotu zamówienia jednak nie precyzuje, co się na nie składa i o ile obniża to rzeczywistą cenę, w tym wykonawca nie przedstawił jakichkolwiek dowodów, że takowe zaplecze czy też sprzęt posiada. Wykonawca zadeklarował również, że posiada system zarządzania jakością, który pozwala na obniżenie kosztów pracy pracowników jednak wciąż stosuje retorykę opartą na zapewnieniach i oświadczeniach, nie posługując się żadnymi wiarygodnymi dokumentami w tym zakresie. W piśmie z 10 lipca 2023 r., w ramach uszczegółowienia, wykonawca dokonuje obliczeń, ale w tym celu operuje wartościami, które nie są możliwe w żaden sposób do zweryfikowania. Nie ma żadnych podstaw aby przyjąć, że obliczenia dokonane w wyjaśnieniach mają jakiegokolwiek oparcie w rzeczywistych cenach i kwotach. Ponownie wykonawca nie przedstawia żadnych dowodów, które uprawdopodobniłyby średni miesięczny koszt brygady lub ceny worków, oferowanych przez dostawcę wykonawcy - Sipeko Grup Sp. z o.o. Wykonawca nie sprecyzował co składa się na koszty pozostałe i jakie ewentualne wydatki miałyby ulec pokryciu z tych środków. Mając na uwadze powyższe, zdaniem odwołującego nie można zatem uznać, aby wyjaśnienia wykonawcy zarówno pierwotne, jak i te, złożone na kolejne wezwanie, były wystarczające do obalenia domniemania rażąco niskiej ceny.

Odnosząc się z kolei bezpośrednio do treści samych wyjaśnień, odwołujący stoi na stanowisku, że przedstawiona przez Sanipor cena za realizację usługi wywozu odpadów z sektora VII od 1 stycznia 2024 r. do 28 września 2025 r. jest poniżej kosztów (rażąco niska cena) z powodu szacowania sumy przychodów na bazie nieprawidłowych danych, a także braku uwzględnienia istotnych pozycji kosztowych w przedstawionej kalkulacji oraz nierzetelnego lub nieprawdziwego deklarowania i wyliczania kluczowych pozycji kosztowych. W przedstawionych wyjaśnieniach pominięto lub w wyraźny sposób nie doszacowano istotnych kosztów związanych z realizacją umowy. Są to głównie: koszt paliwa - brak ich ujęcia w kalkulacji ceny - wykonawca ograniczył się jedynie do wzmianki o rabatach na zakup. Wykonawca nie przedstawił żadnych dowodów, w tym umów długoterminowej dostawy paliwa, obowiązujących go rabatów, a tym samym ewentualnych oszczędności jakie miałby z tego tytułu osiągnąć; koszt wynagrodzeń pracowników - w wyjaśnieniach wykonawcy brak jest informacji o pracownikach nadzoru (dyspozytor). Miesięczne wynagrodzenie dyspozytora to około 6 tys. netto. Nawet przy założeniu, że obsługuje sektor w wymiarze 0,5 etatu, to miesięczne koszty pracodawcy to 5 010,00 zł., co w skali całego zamówienia daje dodatkowe 105 000,00 zł. W kalkulacji również nie ujęto wynagrodzeń pracowników wsparcia, dedykowanych do stałej obsługi rejonu i wykonywania czynności porządkowych m.in. wymiany pojemników, chipów czy realizacji reklamacji; koszt bazy danych SEPAN (lub innego systemu zarządzania RFID) - służącej adaptacji bazy lokalii/ budynków z plików zamawiającego do baz informatycznych systemów RFID. Wykonawca nie przyjął tej pozycji do wyceny, a tym samym nie skalkulował tego kosztu w cenie oferty; koszt gwarancji należytego wykonania umowy - w wysokości 2% ceny oferty brutto, zgodnie z załącznikiem nr 4 do SWZ tj. wzorem umowy. W przypadku oferty odwołującego, zbliżonej do ceny oferowanej przez Sanipor, koszt gwarancji będzie wynosił około 150 000,00 zł. Jeżeli gwarancja zostanie złożona w pieniądzu będzie to dodatkowe zamrożenie środków pieniężnych i koszt po stronie wykonawcy; wykonawca nie uwzględnił tej pozycji w kalkulacji; koszt eksploatacji myjki (dla prawidłowej pracy zalecane dwa mycia w roku) - koszty płynów, wody oraz jej zrzućtu to 8 000,00 zł. - 10 000,00 zł. na cykl mycia; brak uwzględnienia przez wykonawcę tej pozycji w kosztorysie; koszt ożyczenia pojazdów realizujących umowę zgodnie z SOPZ plus naklejki na auta (typ przewożonego odpadu) - brak uwzględnienia przez wykonawcę tej pozycji w kosztorysie. W świetle zaistniałego stanu faktycznego jak najbardziej zasadnym jak i koniecznym jest przeprowadzenie weryfikacji ceny zaoferowanej przez Sanipor, zgodności oferty tego wykonawcy z treścią SWZ jak i możliwości realizacji zamówienia.

Odwołujący podkreślał, iż Sanipor nie udowodnił w sposób wiarygodny tj. w postaci dokumentu, zaświadczeń czy wycen żadnego z zaproponowanych w ofercie kosztów. Ponadto, jak wskazał wcześniej, liczne istotne dla realizacji zamówienia wydatki i koszty zostały przez Sanipor pominięte, co w sposób oczywisty zaniżyło cenę proponowaną przez tego oferenta. Wykonawca, mimo podwójnego wezwania ze strony zamawiającego w tym przedmiocie, nie przedstawił żadnej rzetelnej informacji, która obaliliby domniemanie rażąco niskiej ceny. W tym kontekście podkreślił ponownie, że skoro wykonawca nie podołał obaleniu domniemania, to jego oferta winna podlegać odrzuceniu. Obowiązkiem zamawiającego natomiast była prawidłowa ocena złożonych wyjaśnień, tj. z uwzględnieniem zgodności oferty z przedmiotem zamówienia, przepisami ustawy Pzp oraz prawa powszechnie obowiązującego, z poszanowaniem zasady równego traktowania i konkurencji, a także konieczności wykazania przez wykonawcę okoliczności, które są tylko dla niego indywidualne, a jednocześnie nie zachodzą w przypadku pozostałych wykonawców ubiegających się o tego rodzaju zamówienia o podobnej skali i wartości. Złożone wyjaśnienia powinny być wykazać brak domniemanego rażąco niskiego charakteru zaoferowanej ceny. Wyjaśnienia powinny być wyczerpujące i szczegółowe, odnoszące się do konkretnych okoliczności złożonej oferty, a także zawierać wskazanie konkretnych elementów mających wpływ na wysokość zaoferowanej ceny (co znajduje potwierdzenie w orzecznictwie np. wyrok KIO z dnia 7 listopada 2014 r. w sprawie o sygn. KIO 2185/14). Czynniki obniżające koszty powinny mieć charakter obiektywny i nie być wspólne dla pozostałych wykonawców biorących udział w postępowaniu. Powyższe stanowisko potwierdza liczne orzecznictwo sądów okręgowych rozpatrujących skargi na wyroki KIO (wyrok Sądu Okręgowego w Rzeszowie sygn. akt I Ca 117/12,

wyrok Sądu Okręgowego Warszawa-Praga sygn. akt IV Ca 1299/09, wyrok Sądu Okręgowego w Katowicach sygn. akt XIX 179/13).

Odwolujący wskazał także, że brak wyceny i uwzględnienia kosztów o których mowa w odwołaniu, spełnia warunki zarzutu naruszenia art. 226 ust. 1 pkt 7 ustawy Pzp w zw. z art. 3 ust. 1 uznk i art. 15 ust. 1 pkt 1 uznk, poprzez zaniechanie odrzucenia oferty złożonej przez Sanipor pomimo, iż została złożona w warunkach czynu nieuczciwej konkurencji w rozumieniu uznk, polegającego na sprzedaży usług i towarów poniżej kosztów ich świadczenia/wytworzenia.

W ocenie odwołującego konsekwencją działania zamawiającego, przejawiającą się w zaniechaniu odrzucenia oferty Sanipor z przedmiotowego postępowania, było wybranie oferty tego wykonawcy jako najkorzystniejszej, w związku z czym należy uznać, że zamawiający przeprowadził postępowanie w sposób niezapewniający zachowania uczciwej konkurencji oraz równego traktowania wykonawców tj. z naruszeniem art. 16

ustawy Pzp. Zasada równego traktowania wykonawców oraz uczciwej konkurencji stanowi podstawę systemu zamówień publicznych i bez jej dochowania nie można mówić o skutecznym kontraktowaniu publicznych zakupów, a zdecydowana większość przewidzianych w Pzp zasad ma charakter pomocniczy w celu zagwarantowania jej przestrzegania. Zachowanie uczciwej konkurencji i równego traktowania wykonawców nakazuje zamawiającemu taki sposób określenia poszczególnych elementów przygotowywanego postępowania, który stanowić będzie złoty środek pomiędzy rzeczywistymi potrzebami zamawiającego a wprowadzanymi ograniczeniami dostępu do zamówienia, ze względu na postawione wymogi odnoszące się zarówno do sposobu wykonania danego zamówienia, jak i niezbędnego poziomu weryfikacji wykonawcy, który da gwarancję jego należytego wykonania.

W orzecznictwie podkreśla się, że na każdym etapie postępowania o udzielenie zamówienia publicznego, zamawiający jest zobligowany do sprawiedliwego traktowania uczestników postępowania. Wykonawcy powinni być traktowani jednakowo, bez stosowania jakichkolwiek przywilejów, a także bez środków dyskryminujących. Zamawiający nie może tworzyć i wprowadzać nieuzasadnionych barier, ograniczających prawo oferentów do wzięcia udziału w przetargu, nie może również działać w sposób, który będzie eliminować z udziału w postępowaniu określoną grupę wykonawców, albo też stwarzać określonej grupie uprzywilejowaną pozycję (tak w Wyroku WSA w Warszawie z 25 sierpnia 2017 r., sygn. akt VIII SA/Wa 13/17). Reasumując, należy uznać, iż czynności dokonane przez zamawiającego, opierające się na wskazanych powyżej błędach i zaniechaniach, są nieprawidłowe i w sposób bezsporny naruszają przepisy ustawy Pzp. W ocenie odwołującego, ponieważ nie ma możliwości wykonania zamówienia w cenie zaoferowanej przez Sanipor, to w konsekwencji albo oferta wykonawcy zawiera rażąco niską cenę oraz oferta wykonawcy stanowi czyn nieuczciwej konkurencji polegający na wykonaniu usługi poniżej ceny rynkowej, albo wykonawca oferuje wykonanie przedmiotu zamówienia niezgodnie z SWZ, gdyż wycenił i zaoferował inny zakres prac, niż przewidziany przez zamawiającego w dokumentach zamówienia.

Zamawiający poinformował wykonawców, zgodnie z art. 185 ust. 1 ustawy Pzp, o wniesieniu odwołania, wzywając do złożenia przystąpienia. W terminie określonym w art. 525 ust. 1 ustawy Pzp, do postępowania odwoławczego po stronie zamawiającego przystąpił wykonawca Sanipor.

Zamawiający, działając w oparciu o art. 521 ust. 1 ustawy Pzp, złożył do akt sprawy odpowiedź na odwołanie - pismo z 30 sierpnia 2023 r., wnosząc o jego oddalenie w całości jako niezasadnego.

Odwolujący zaprezentował swoje stanowisko w sprawie, w piśmie procesowym z 31 sierpnia 2023 r., rozbudowując argumentację zawartą w odwołaniu.

Krajowa Izba Odwoławcza, po przeprowadzeniu rozprawy w przedmiotowej sprawie, na podstawie zebranego materiału dowodowego, po zapoznaniu się z dokumentacją postępowania o udzielenie zamówienia publicznego przekazaną przez zamawiającego do akt sprawy w formie elektronicznej, po zapoznaniu się z treścią odwołania, odpowiedzią zamawiającego na nie, pismem procesowym odwołującego, a także po wysłuchaniu oświadczeń, jak też stanowisk stron i wykonawcy Sanipor, złożonych ustnie do protokołu w toku rozprawy ustaliła i zważyła, co następuje

Izba ustaliła, że nie zaszła żadna z przesłanek, o których stanowi art. 528 ustawy Pzp, skutkujących odrzuceniem odwołania.

Izba dokonała również badania spełnienia przez odwołującego przesłanek określonych w art. 505 ustawy Pzp, to jest kwestii posiadania przez niego legitymacji do wniesienia odwołania uznając, że jego interes we wniesieniu odwołania przejawia się w następujący sposób.

Odwolujący złożył swoją ofertę w postępowaniu i ubiega się o udzielenie zamówienia a jego oferta w części VII, pod względem punktacji podanej w zawiadomieniu o wyborze oferty najkorzystniejszej, została sklasyfikowana na drugim miejscu. W jego ocenie prawidłowe działania zamawiającego powinny prowadzić do odrzucenia oferty Sanipor, co powoduje, że szansę na uzyskanie zamówienia miałby odwołujący. Szkoda odwołującego polega zatem na uniemożliwieniu mu uzyskania zamówienia publicznego, a także osiągnięcia zysku w przypadku zrealizowania umowy.

Izba dokonała ustaleń faktycznych w oparciu o dokumentację postępowania o udzielenie zamówienia przekazaną przez zamawiającego.

Izba dopuściła i przeprowadziła dowody z dokumentów złożonych przez odwołującego, innych niż stanowiące element dokumentacji postępowania o udzielenie zamówienia, na okoliczności przez niego wskazane.

Krajowa Izba Odwoławcza ustaliła, co następuje

Izba ustaliła, że przedmiotem zamówienia, zgodnie z opisem zamieszczonym w Rozdziale III SWZ, jest wykonanie usługi polegającej na odbieraniu i zagospodarowaniu odpadów komunalnych z terenu Gminy Miasta Gdyni z nieruchomości, na których zamieszkują mieszkańcy wraz z wyposażaniem tych nieruchomości w pojemniki, w tym worki do zbierania odpadów komunalnych. Przedmiot zamówienia został podzielony na siedem części, w tym: część VII obejmującą odbieranie odpadów, zagospodarowanie odpadów oraz wyposażanie w pojemniki, w tym worki na odpady nieruchomości na których zamieszkują mieszkańcy z sektora VII. Szczegółowy opis przedmiotu zamówienia zawierał Załącznik nr 5 oraz załączniki od 5.I. do 5.VII. do SWZ.

Ponadto, w Rozdziale XIII SWZ, zamawiający określił zasady i sposób obliczenia ceny, zgodnie z którym wykonawca miał podać w ofercie cenę jednostkową netto za każdy Mg odebranych i zagospodarowanych odpadów komunalnych, cenę jednostkową brutto za każdy Mg odebranych i zagospodarowanych odpadów komunalnych oraz całkowitą cenę brutto

w sposób określony w Formularzu oferty na wybraną część zamówienia lub na wybrane części zamówienia. Cena jednostkowa za Mg podana w Ofercie jest ceną stałą w całym okresie realizacji przedmiotu zamówienia, z zastrzeżeniem postanowień Umowy. Cenę ofertową wykonawca przedstawia w złotych polskich z dokładnością co do grosza, uwzględniając wszystkie wymogi, o których mowa w SWZ, niezbędne do prawidłowego i pełnego wykonania przedmiotu zamówienia.

W Rozdziale XIV SWZ zamawiający opisał kryteria, którymi będzie się kierował przy wyborze oferty wraz z podaniem znaczenia tych kryteriów i sposobu oceny ofert do których należały między innymi: a. Kryterium cena - 60 % wartości zamówienia (brutto). Cena powinna obejmować koszt wykonania całości zamówienia, w tym wszystkie koszty pośrednie związane z wykonywaniem zamówienia, przy czym 100% kryterium = 60 pkt (z

zastosowaniem wzoru); b. Kryterium sposób wykonania zamówienia - wpływ na środowisko, znaczenie kryterium

20 % - zamawiający oceniał udział przejazdów realizowanych pojazdami spełniającymi normę emisji spalin EURO 5 lub wyższą w stosunku do przejazdów realizowanych wszystkimi pojazdami wykonawcy w ciągu każdego miesiąca. Sposób liczenia udziału określa § 4a ust. 3 Umowy. Ocena miała zostać dokonana na podstawie oferty wykonawcy (Formularz oferty), dotyczącej każdej części przedmiotu zamówienia. W ofercie wykonawca deklarował procentowy udział przejazdów realizowany pojazdami spełniającymi normę emisji spalin EURO 5 lub wyższą. Punkty były przydzielane zgodnie z tabelą zamieszczoną przy kryterium, wykonawcy mogli uzyskać od 5 do 20 pkt; c. Kryterium sposób wykonania

zamówienia - wpływ na środowisko 2 - znaczenie kryterium 20 % - ocenie zamawiającego podlegała odległość wybranej przez wykonawcę i wskazanej w jego ofercie (Formularz oferty) instalacji komunalnej, do której kierowane będą odpady zmieszane (niesegregowane). Odległość miała być mierzona jako trasa przejazdu samochodu od wyznaczonej lokalizacji w danym sektorze wskazanej w SWZ (środek sektora) do instalacji po drogach publicznych. Punkty były przydzielane zgodnie z tabelą zamieszczoną przy kryterium, wykonawcy mogli uzyskać od 0 do 20 pkt. Zamawiający wskazał ponadto, iż ocena wartości zamówienia to liczba punktów uzyskanych w zakresie wszystkich trzech kryteriów przyznanych wykonawcy w procedurze oceny oferty przetargowej. Najwyższa liczba punktów uzyskanych przez wykonawcę stanowi ofertę najkorzystniejszą, a tym samym wybraną przez zamawiającego.

Izba ustaliła ponadto, że otwarcie ofert w postępowaniu miało miejsce 13 czerwca 2023 r. Zamawiający poinformował, że na sfinansowanie zamówienia przeznaczył 135 836 587,24 zł. brutto, a w części VII budżet ten wynosił 28 319 410,72 zł. brutto. W terminie wyznaczonym jako termin składania ofert następujący wykonawcy odpowiedzieli na ogłoszenie o zamówieniu, oferując za realizację części VII zamówienia: a) Remondis Sp. z o.o. Oddział w Łęborku z siedzibą w Warszawie cenę: 19 333 951,67 zł.; b) Przedsiębiorstwo Robót Sanitarno-Porządkowych „Sanipor” Spółka z ograniczoną odpowiedzialnością z siedzibą w Gdyni cenę: 15 829 755,15 zł.; c) odwołując cenę: 16 615 724,40 zł.

Z uwagi na fakt, że cena zaproponowana przez Sanipor była niższa o więcej niż 30 % od wartości zamówienia powiększonej o podatek VAT, zamawiający wezwał wykonawcę do złożenia wyjaśnień w przedmiocie rażąco niskiej ceny w dniu 22 czerwca 2023 r. Zamawiający poprosił wykonawcę o przedstawienie kalkulacji ceny; wskazanie czynników cenotwórczych; wykazanie, że przyjęte ceny wystarczają na pokrycie całkowitych kosztów wykonania zamówienia w tym: a) kosztów bezpośrednich takich jak: koszt pracy osób wykonujących czynności w ramach umowy, koszt transportu (samochody, paliwo i inne koszty eksploatacyjne), koszty wyposażenia nieruchomości w pojemniki i worki, koszty zagospodarowania odpadów i inne; b) kosztów pośrednich takich jak: koszty ubezpieczeń, komunikacji, zabezpieczenia istotnego wykonania umowy itd. - oraz przynoszą wykonawcy zysk; określenie okoliczności wpływających na sytuację wykonawcy pozwalającą na przyjęcie cen zaoferowanych; załączenie dowodów potwierdzających realność przyjętych kosztów. Sprecyzował ponadto, że wyjaśnienia powinny uwzględniać koszty pracy, z uwzględnieniem przepisów dotyczących minimalnego wynagrodzenia za pracę lub minimalnej stawki godzinowej. Wyjaśnienia powinny również wykazywać zgodność zaoferowanych cen

z przepisami z zakresu prawa pracy i zabezpieczenia społecznego. Przypomniał również aspekty, jakich dotyczyć powinny w szczególności składane wyjaśnienia, wymieniając elementy wskazane w art. 224 ust. 3 ustawy Pzp. Zamawiający poinformował także, że treść wyjaśnień wraz z dowodami zostanie oceniona przez niego pod kątem ustalenia, czy zaoferowana cena nie jest rażąco niska w stosunku do przedmiotu zamówienia opisanego w SOPZ oraz warunków realizacji świadczeń określonych w projekcie umowy.

Wykonawca, odpowiadając na wezwanie zamawiającego w piśmie z dnia 29 czerwca 2023 r., przedstawił kalkulację ceny wymieniając, że składają się na nią następujące elementy: roczny koszt utylizacji odpadów komunalnych - 3 718 516,06 zł.; koszty plac brygad - 2 615 898,72 zł.; koszty worków - 214 800,00 zł.; koszty samochodów - 1 081 200,00 zł.; pozostałe koszty - 396 000,00 zł. Łączny koszt roczny - 8 026 414,78 zł. Roczna ilość odpadów (dane za 2022 rok) - 12 398,53 ton. Cena za 1 tonę 647,36 zł. Zysk na 1 tonę 10,00 zł. Łączny koszt 1 tony netto 657,36 zł. Podatek VAT (8%) - 52,59 zł. Cena brutto 1 tony odpadów - 709,95 zł. Ponadto przystępujący wymienił następujące czynniki cenotwórcze: wynegocjowane ceny paliw, własna baza transportowa, wynagrodzenia, ceny utylizacji odpadów i inne. Zadeklarował, że przyjęte ceny wystarczają na pokrycie całkowitych kosztów wykonania zamówienia, w tym: a) koszty bezpośrednie takie jak: koszt pracy osób wykonujących czynności w ramach umowy, koszt transportu (samochody, paliwo i inne koszty eksploatacyjne), koszty wyposażenia nieruchomości w pojemniki i worki, koszty zagospodarowania odpadów i inne; b) koszty pośrednie takie jak: koszty ubezpieczeń, komunikacji, zabezpieczenia istotnego wykonania umowy itd. oraz przynoszą wykonawcy zysk. Określił też okoliczności wpływające na sytuację wykonawcy, pozwalające na przyjęcie cen zaoferowanych, tj. własna baza transportowa oraz umowa na dostawę paliw. Nadto wskazał, że wpływ na wysokość zaoferowanej ceny w kwocie 709,95 zł. brutto, stanowi bilans sprzyjających i dostępnych wykonawcy warunków cenotwórczych wykonania niniejszego zamówienia polegających na: 1) posiadaniu własnego zaplecza technicznego oraz bazy przedsiębiorstwa wykonawcy, zlokalizowanych w bliskiej odległości od miejsca wykonania przedmiotu zamówienia, co skutkuje obniżeniem kosztów transportu, jak również brakiem konieczności najmu terenu na bazę; 2) ponadto jako firma działająca na rynku lokalnym, wykonawca zatrudnia pracowników zamieszkujących w bliskim sąsiedztwie, co sprowadza koszty dowozu pracowników do zera; 3) wykonawca posiada wprowadzony system zarządzania jakością, który usprawnił organizację pracy w sposób pozwalający na obniżenie kosztów pracy pracowników; 4) wykonawca zatrudnia pracowników w oparciu o stawki wynagrodzenia przynajmniej w wysokości minimalnego wynagrodzenia za pracę; 5) wykonawca posiada własny sprzęt i urządzenia do realizacji przedmiotu zamówienia, co skutkuje niższymi kosztami oraz brakiem konieczności ponoszenia dodatkowych kosztów

związanych z wynajmem sprzętu; 6) posiadaniu - w chwili składania oferty - wszystkich wymaganych pojemników na odbiór odpadów, niezbędnych do realizacji przedmiotu zamówienia, co skutkuje oszczędnościami przy wykonywaniu przedmiotu zamówienia; 7) korzystaniu z atrakcyjnych rabatów (cena dnia) na zakup paliwa do pojazdów samochodowych, z uwagi na bliską współpracę z dostawcami paliw. Powyższe skutkuje możliwością zaoferowania przez wykonawcę konkurencyjnych cen za wykonanie zamówienia. Spółka posiada doświadczenie w obsłudze wywozu odpadów z obiektu z części VII zamówienia. Mając na uwadze powyższe wyjaśnienia oraz zaprezentowane argumenty Sanipor stwierdził, że brak jest podstaw do uznania, że oferta złożona przez niego w niniejszym postępowaniu zawiera rażąco niską cenę.

Izba ustaliła ponadto, że zamawiający ponownie, w dniu 6 lipca 2023 r. wezwał przystępującego, na podstawie art. 224 ust. 1 ustawy Pzp do uszczegółowienia wyjaśnień, złożonych dnia 29 czerwca 2023 r. w zakresie zaproponowanej w ofercie ceny. Zamawiający podniósł, że poprzednie wyjaśnienia nie usuwają wszystkich wątpliwości zamawiającego, w konsekwencji czego poprosił o przedłożenie uszczegółowienia w zakresie wskazanych elementów składających się na przedstawioną kalkulację ceny a wskazanych w odpowiedzi z dnia 29 czerwca 2023 r.: 1) roczny koszt utylizacji odpadów komunalnych, 2) koszty pracy brygad, 3) koszty worków, 4) pozostałe koszty. Poinstruiował wykonawcę, że w uszczegółowieniu należy wskazać przyjęte przez niego konkretne założenia, wraz z przedstawieniem konkretnych obliczeń dla ww. elementów, z których zamawiający będzie mógł jednoznacznie wyprowadzić kwoty dla elementów składających się na przedstawioną kalkulację ceny np. (a) w zakresie kosztów pracy brygad prosił o przedstawienie

i osób na danym stanowisku, wymiaru zatrudnienia w tym zamówieniu, wysokości wynagrodzenia tych osób itd. Podobnie w przypadku pozostałych wykazanych elementów, w szczególności prosił o wskazanie jakie koszty i w jakiej wysokości kryją się pod pozycją „koszty pozostałe”. Dalej wskazał, że wyjaśnienia powinny odnosić się i uwzględniać wskazane przez Sanipor w drugim punkcie pisma czynniki cenotwórcze: wynegocjowane ceny paliw, własna baza transportowa, wynagrodzenia, ceny utylizacji odpadów i inne. W uszczegółowieniu prosił, aby wykonawca doprecyzował oraz przedstawił informacje w zakresie wskazanych cenników cenotwórczych, pozwalających zidentyfikowanie konkretnego wpływu wskazanych czynników na cenę oraz przedstawienie dowodów na te okoliczności. Wskazał także, że przedstawiona kalkulacja ma pozwolić zamawiającemu, w drodze logicznego rozumowania, wywnioskować z czego dane kwoty wynikają, w szczególności poprzez uszczegółowienie informacji pozwalających na zidentyfikowanie sposobu osiągnięcia wskazanych kwot. Poprosił również o przedstawienie dowodów

na wykazane w wyjaśnieniach okoliczności, takich jak umowy, oferty, dokumenty księgowe itp. dokumenty potwierdzające przyjęte założenia do kalkulacji ceny. Przedstawione wyjaśnienia wraz z dowodami miały zostać ocenione przez zamawiającego pod kątem ustalenia, czy zaoferowana cena nie jest rażąco niska w stosunku do przedmiotu zamówienia opisanego w OPZ oraz warunków realizacji świadczeń, określonych w projekcie umowy.

W odpowiedzi na wezwanie wykonawca Sanipor w dniu 10 lipca 2023 r. złożył kolejne wyjaśnienia, nie załączając do nich żadnych dowodów. W treści wyjaśnień przedstawił w pierwszej kolejności szczegółowy koszt odbioru i zagospodarowania odpadów komunalnych w części VII zamówienia, prezentując w tabeli koszty utylizacji odpadów na podstawie danych za 2022 rok przedstawionych w SWZ. Wymienił rodzaj odpadów (mieszane, szkło, papier, plastik, zielone, gabaryty, popiół, bio), ilość ton odebranych w tym okresie odpadów, cenę za tonę oraz podał łączny koszt. Wskazał ponadto na roczny koszty pracy brygad: 9,5 brygady: 2 615 898,72 zł. Brygada składa się z 3 pracowników, tj. kierowca oraz 2 ładowaczy. Średni miesięczny koszt wynagrodzenia 1 brygady w spółce wynosi 22.946,48 zł. $9,5 \times 22\,946,48 \text{ zł.} \times 12 = 2\,615\,898,72 \text{ zł.}$ Z kolei roczny koszt zakupu worków wynosi 214 800,00 zł. Spółka w zakresie zaopatrzenia w worki na odpady komunalne od wielu lat współpracuje z Sipeko Group Sp. z o.o. Sp. komandytowa. Obecne ceny worków wynoszą 7,60 zł. za pakiet 20 worków na odpady segregowane poza odpadami zielonymi, gdzie cena pakietu 20 sztuk wynosi 9,00 zł. Kalkulacja kosztów worków na odpady zielone: Ilość miesięczna worków 9.945 szt.

x 12 miesięcy x 0,45 zł. = 53 703,00 zł. rocznie. Ilość miesięczna pozostałych worków 35.328 szt. x 12 miesięcy x 0,38 zł. = 161 095,68 zł. rocznie. Razem koszty 53 703,00 zł. + 161 095,68 zł. = 214 798,68 zł., zaokrąglono do 214 800,00 zł. Koszty pozostałe wynoszą 396 000,00 zł. Spółka kalkulując wszystkie koszty wywozu odpadów komunalnych wyznaczyła na miesiąc dodatkowy koszt w wysokości 33 000,00 zł., co w ujęciu rocznym wynosi 396 000,00 zł. Na kwotę 33 000,00 zł. składa się głównie udział kosztów ogólnozakładowych w opisywanym przedsięwzięciu, a także koszty dodatkowe, które mogą wynikać z przyczyn niezależnych od spółki.

Zamawiający przyjął powyższe wyjaśnienia i dokonał wyboru, jako najkorzystniejszej, oferty wykonawcy Sanipor, z czym nie zgodził się odwołujący, składając swoje odwołanie do Prezesa KIO w dniu 21 sierpnia 2023 r.

Krajowa Izba Odwoławcza zważyła, co następuje

Biorąc pod uwagę zgromadzony w sprawie materiał dowodowy, stanowiska stron oraz zakres zarzutów podnoszonych w odwołaniach Izba uznała, że odwołanie zasługiwało na uwzględnienie, rację ma bowiem odwołujący wskazując, że zamawiający dokonując wyboru oferty Sanipor naruszył przepisy art. 224 ust. 1 i 6 ustawy Pzp w zw. art. 226 ust. 1 pkt 8 ustawy Pzp poprzez wadliwą ocenę wyjaśnień rażąco niskiej ceny złożonych przez tego wykonawcę i w konsekwencji zaniechał odrzucenia oferty tego wykonawcy pomimo, iż nie złożył on w odpowiedzi na wezwanie zamawiającego wyjaśnień spełniających wymagania określone w art. 224 ustawy Pzp, nie udzielił odpowiedzi na zadane przez zamawiającego pytania odnoszące się do sposobu kalkulacji ceny oferty w części VII i, wbrew ciążącym obowiązkom, wynikającym z przepisów ustawy Pzp, nie przedłożył żadnych dowodów, które potwierdzałyby prawdziwość przyjętych przez niego kalkulacji i założeń.

W pierwszej kolejności skład orzekający pragnie zaznaczyć, że KIO w ramach postępowania odwoławczego nie ocenia działań wykonawcy, podejmowanych w toku postępowania, nie bada też czy cena zaoferowana przez danego wykonawcę jest czy nie jest rażąco niska, ale ocenia czynności zamawiającego. W tym przypadku, w zakresie podnoszonych w odwołaniu zarzutów, istotą oceny składu orzekającego w tej sprawie była weryfikacja tego, czy zamawiający miał uzasadnione podstawy, aby uznać, że złożone przez Sanipor wyjaśnienia w zakresie rażąco niskiej ceny były wystarczające z punktu widzenia przepisów ustawy Pzp, jak też w świetle treści wezwania zamawiającego, skierowanego do tego wykonawcy oraz, czy zamawiający trafnie, dokonując oceny złożonych wyjaśnień uznał, że te w sposób pełny odpowiadają na sformułowane przez niego w piśmie wątpliwości lub też czy należy dojść do wniosku, że w świetle złożonych wyjaśnień zamawiający powinien podjąć decyzję o odrzuceniu oferty przystępującego, jako zawierającej cenę rażąco niską.

Odpowiadając na powyżej sformułowane pytania zauważyć należy, iż wyjaśnienia, składane przez wykonawcę w przedmiocie rażąco niskiej ceny, są sformalizowaną instytucją prawną uregulowaną w art. 224 ustawy Pzp. Obowiązkiem wykonawcy, do którego zamawiający kieruje żądanie do złożenia wyjaśnień w trybie art. 224 ust. 1 ustawy Pzp, jest bowiem wyjaśnienie tych kwestii, które budzą wątpliwości zamawiającego i o które ten pyta w piśmie skierowanym do wykonawcy. Wynika to z treści przepisu, zgodnie z którym, 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 wyliczenia ceny lub kosztu, lub ich istotnych części składowych. Z kolei zamawiający, oceniając wyjaśnienia przedstawione przez danego wykonawcę ma zweryfikować, czy otrzymał przekonujące odpowiedzi

na pytania, które sam zadał (tak też w Wyroku Sądu Okręgowego w Warszawie - XXIII Wydział Gospodarczy Odwoławczy z dnia 14 czerwca 2022 r., sygn. akt XXIII Zs 68/22).

Należy też przypomnieć, że w myśl przepisu 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. Przy czym, zgodnie z poglądem zaprezentowanym w doktrynie: W wezwaniu do złożenia wyjaśnień w zakresie ceny lub kosztu lub ich istotnych części składowych, zamawiający musi określić swoje wątpliwości, aby wykonawca wiedział, co należy wyjaśnić i z jakiego powodu zamawiający powziął wątpliwości. (...) Nie jest możliwe, odrzucenie oferty tylko i wyłącznie na podstawie art. 226 ust. 1 pkt 8 ustawy Pzp, gdyż odrzucenie oferty z powodu rażąco niskiej ceny lub kosztu może nastąpić wyłącznie po uprzednim przeprowadzeniu postępowania wyjaśniającego, mającego na celu obalenie domniemania wystąpienia rażąco niskiej ceny lub kosztu. (tak: Prawo zamówień publicznych. Komentarz, pod red. H. Nowaka, M. Winiarza, Warszawa 2021, s. 708 i 712.).

Celem zatem procedury badania oferty pod kątem rażąco niskiej ceny, jest definitywne rozstrzygnięcie, czy dana oferta podlega odrzuceniu na podstawie art. 224 ust. 6 ustawy Pzp, jako oferta z rażąco niską ceną lub kosztem, czy podlega odrzuceniu jako oferta wykonawcy, który nie udzielił wyjaśnień w wyznaczonym terminie lub jeżeli złożone wyjaśnienia wraz z dowodami nie uzasadniają podanej w ofercie ceny lub kosztu. O tym, czy cena lub koszt oferty są rzeczywiście rażąco niskie, rozstrzyga zamawiający w odniesieniu do konkretnego przypadku, w oparciu o posiadane materiały, w szczególności wyjaśnienia wykonawcy i załączone przez niego dokumenty, oceniane w kontekście właściwości przedmiotu zamówienia będącego przedmiotem postępowania, jak też w kontekście skierowanego do wykonawcy wezwania. Przypomnienia również wymaga, że podstawą odrzucenia oferty jest zaoferowanie ceny „rażąco niskiej”, a nie ceny „niskiej”. Te dwa pojęcia nie są tożsame (zwracał na powyższe uwagę Sąd Okręgowy w Warszawie - XXIII Wydział Gospodarczy Odwoławczy w Wyroku z dnia 15 grudnia 2021 r., sygn. akt XXIII Zs 116/21).

W przepisach prawa i orzecznictwie, nie istnieje jeden ugruntowany wzorzec, który precyzuje w jaki sposób zamawiający ma przygotować wezwanie do złożenia wyjaśnień w przedmiocie rażąco niskiej ceny, zależy to bowiem od wielu okoliczności i zmiennych,

takich jak przedmiot zamówienia, sposób rozliczenia zamawiającego z wykonawcą, w końcu też wątpliwości jakie ma zamawiający w związku z zaprezentowaniem ceny w ofercie w określony sposób. Nie ma też przyjętego powszechnie, ogólnego wzorca sposobu sporządzenia takich wyjaśnień przez wykonawcę wezwanego do ich przedłożenia. Nie oznacza to jednak zupełnej dowolności w przygotowaniu wyjaśnień po stronie wykonawcy. Nie ulega wątpliwości, że powinny być one spójne i przekonujące, a także niepozostawiające wątpliwości co do rzetelności przygotowanej wyceny prac. Z treści przepisów ustawy Pzp wynika bowiem, że ciężar wykazania, że oferta nie zawiera rażąco niskiej ceny lub kosztu spoczywa na wykonawcy. Wykonawca powinien przedłożyć zatem takie wyjaśnienia i dowody, które w jego ocenie uzasadniają przyjętą wycenę przedmiotu zamówienia. Zamawiający musi jednak w wezwaniu kierowanym do wykonawcy, w sposób możliwie precyzyjny, określić żądany zakres wyjaśnień a także wskazać jakie ma konkretnie wątpliwości, odnoszące się do podejrzenia rażąco niskiej ceny. Zasadą przy ocenie złożonych wyjaśnień, a w konsekwencji przy ocenie postępowania zamawiającego jest, że im bardziej precyzyjnie sformułowane wezwanie do złożenia wyjaśnień, tym bardziej szczegółowe wyjaśnienia i tym łatwiej jest zamawiającemu ocenić, czy zaproponowana w ofercie cena jest rażąco niska.

Przenosząc powyższe na grunt rozpoznawanej sprawy w pierwszej kolejności należy wskazać, iż w niniejszej sprawie nie budziło wątpliwości, że zachodziły przesłanki obligatoryjnego zwrócenia się do wykonawcy Sanipor o udzielenie wyjaśnień w przedmiocie rażąco niskiej ceny, przewidziane przepisem art. 224 ust. 2 pkt 1 ustawy Pzp gdyż, jak wskazał zamawiający w treści wezwania, cena całkowita jego oferty była niższa o co najmniej 30 % od szacunkowej wartości zamówienia. Zaznaczyć należy, że powyższa przesłanka jest samodzielną przesłanką, obligującą zamawiającego do skierowania do wykonawcy wezwania do złożenia wyjaśnień, niezależnie od tego czy występują i jak duże są różnice w cenach, proponowanych przez innych oferentów ubiegających się o dane zamówienie. Za bez znaczenia należy zatem uznać rozważania zamawiającego, że cena oferty Sanipor w badanej części wynosi 92 % średniej arytmetycznej złożonych ofert, co prowadzi do wniosku, że zamawiający niewłaściwie oszacował wartość zamówienia. Przypomnieć należy, że jeśli zamawiający doszedł do takich wniosków w toku postępowania, mógł odstąpić od czynności wezwania wykonawcy do złożenia wyjaśnień, gdyż taką możliwość przewidują przepisy ustawy Pzp. Przepis art. 224 ust. 2 pkt 1 zawiera w sobie sformułowanie stanowiące o tym, że możliwe jest odstąpienie od badania rażąco niskiej ceny, jeśli ma się do czynienia z okolicznościami oczywistymi. Jeśli zamawiający uznał, że takie okoliczności, widoczne na

pierwszy rzut oka i niewymagające analizy zaistniały - od badania oferty Sanipor winien odstąpić.

Jeśli jednak tego nie uczynił, to skierowanie do przystępującego wezwania w trybie wskazanego przepisu, nakładały na wezwanego wykonawcę obowiązek złożenia wyjaśnień w przedmiocie rażąco niskiej ceny. Na marginesie należy wskazać, że także wykonawca Sanipor, nie zakwestionował żadnej czynności wezwania do wyjaśnień, zarówno tej, która znalazła odzwierciedlenie w piśmie z 22 czerwca 2023 r., jak też powtórnego wezwania z 6 lipca 2023 r., tym samym jego obowiązkiem było udzielenie wyjaśnień w zakresie, w jakim wyznaczała to treść sformułowanego przez zamawiającego wezwania.

W ocenie Izby nie budzi także wątpliwości, na co wskazuje analiza treści obu skierowanych do Sanipor wezwań do wyjaśnień, jakich informacji oczekiwał zamawiający od wykonawcy. Już z treści pierwszego pisma z 22 czerwca 2023 r. wynikało, że prosi on wykonawcę o „przedstawienie kalkulacji ceny”, „wskazanie czynników cenotwórczych” oraz „wykazanie, że przyjęte ceny wystarczają na pokrycie całkowitych kosztów wykonania zamówienia”. Poprosił również, aby wyjaśnienia odnosiły się do przyjętych w kalkulacji kosztów pracy, z uwzględnieniem przepisów dotyczących minimalnego wynagrodzenia za pracę lub minimalnej stawki godzinowej wskazując, że „wyjaśnienia powinny również wykazywać zgodność zaoferowanych cen z przepisami z zakresu prawa pracy i zabezpieczenia społecznego”. Zamawiający przypomniał także treść przepisów ustawy Pzp, odnoszących się do obowiązków, jakie nakładają one na wezwanego do wyjaśnień wykonawcę, w zakresie dotyczącym obowiązku przedłożenia dowodów, w celu wykazania kosztów przyjętych w kalkulacjach i poinformował Sanipor, że przedmiotowe wyjaśnienia posłużą celem dokonania oceny czy przyjęta przez niego cena w części VII zamówienia nie jest rażąco niska.

Odpowiadając na powyższe Sanipor w piśmie z 29 czerwca 2023 r. ograniczył się do wskazania ogólnych kwot, które przyjął wyceniając przedmiot zamówienia. Nie przedstawił zatem, jak tego oczekiwał zamawiający, kalkulacji ceny, ale wymienił jedynie jakie elementy składają się na koszty ponoszone w tym zamówieniu i przedstawił w tym zakresie zbiorcze wartości (roczny koszt utylizacji odpadów komunalnych, koszty płac brygad, koszty worków, koszty samochodów, pozostałe koszty). Nie wynika zatem z treści wyjaśnień na jakiej podstawie Sanipor przyjął w tym zakresie takie, a nie inne kwoty, co składa się na wyszczególnione elementy, w końcu też nie wiadomo co mieści się pod pojęciem „koszty pozostałe”. Nie odniósł się także do żądania w zakresie przedstawienia czynników cenotwórczych, ograniczając się w treści pisma także i w tym przypadku do ogólnego wskazania, że czynnikami cenotwórczymi są: wynagrodzone ceny paliw, własna baza transportowa, wynagrodzenia, ceny utylizacji odpadów i inne. W dalszej części pisma,

rozszerzając argumentację w tym zakresie, wymienił wprawdzie szereg okoliczności, które to miałyby jego zdaniem powodować, że zaproponowana w ofercie cena, została przyjęta na poziomie rynkowym, jednakże po raz kolejny ograniczył się do ogólnych, nie popartych żadnymi dowodami twierdzeń o tym, że: posiada własne zaplecze techniczne oraz bazę zlokalizowaną w bliskiej odległości od miejsca wykonania przedmiotu zamówienia, zatrudnia pracowników zamieszkujących w bliskim sąsiedztwie, posiada wprowadzony system zarządzania jakością, posiada własny sprzęt i urządzenia do realizacji przedmiotu zamówienia, posiada w chwili składania oferty wszystkie wymagane pojemniki na odbiór odpadów, niezbędne do realizacji przedmiotu zamówienia, korzysta z atrakcyjnych rabatów (cena dnia) na zakup

paliwa. Wskazać również należy, że w zakresie dotyczącym kosztów pracy Sanipor oświadczył jedynie, że zatrudnia pracowników w oparciu o stawki wynagrodzenia przynajmniej w wysokości minimalnego wynagrodzenia za pracę. W tym zakresie również jednak próżno w treści złożonych wyjaśnień dopatrzyć się kalkulacji czy wyliczeń dotyczących tego ile osób zatrudnia, jakie wynagrodzenie oni otrzymują, ilu z nich skieruje do realizacji tego zamówienia.

Powyższe, w ocenie Izby dowodzi, że przystępujący już odpowiadając na pierwsze wezwanie nie złożył wyjaśnień w takim zakresie, w jakim zamawiający określił swoje oczekiwania i nie udzielił odpowiedzi na pytania zamawiającego tam sprecyzowane. Brak jest w piśmie jakiegokolwiek szczegółowej kalkulacji, odniesienia się do kwestii przyjętych do kalkulacji czynników cenotwórczych, jak też nie odniesiono się do kwestii kosztów pracy. Tym samym należy stwierdzić, że już sama ta okoliczność, że wykonawca nie przedstawił w swoich wyjaśnieniach żadnych szczegółowych wyliczeń, w żaden sposób nie wskazał, w jaki sposób kalkulował cenę swojej oferty, a jedynie wymieniał szereg okoliczności, które jego zdaniem wpływały na poziom ceny - winna skutkować uznaniem, że nie wykazał, mimo konkretnego wezwania zamawiającego do złożenia wyjaśnień w przedmiocie rażąco niskiej ceny, że zaoferowana cena nie nosi znamion rażąco niskiej.

Dodatkowo w treści złożonych przez Sanipor wyjaśnień zabrakło także innego, istotnego elementu w postaci dowodów potwierdzających złożone deklaracje. Z treści przepisu art. 224 ust. 1 ustawy Pzp wynika wprost obowiązek złożenia dowodów w zakresie wyliczenia ceny lub kosztu, lub ich istotnych części składowych. Potwierdzeniem istnienia powyższego obowiązku jest również art. 224 ust. 6 ustawy Pzp, wskazujący na konieczność odrzucenia oferty w przypadku, gdy złożone wyjaśnienia wraz z dowodami nie uzasadniają podanej

w ofercie ceny lub kosztu. Konieczność poparcia przedstawianych wyjaśnień dowodami ma także kluczowe znaczenie dla ich oceny, ponieważ same wyjaśnienia rzadko kiedy mogą być uznane za w pełni obiektywne, gdyż składa je podmiot bezpośrednio zainteresowany

rozstrzygnięciem. Z tego powodu wykonawca, aby uwiarygodnić składane w wyjaśnieniach deklaracje co do poziomu cen, czy też szczególnie korzystnych dla niego okoliczności na które się powołuje, zobowiązany jest poprzeć je dowodami, potwierdzającymi wskazywane w wyjaśnieniach informacje. Jest to szczególnie istotne w sytuacji, gdy wykonawca powołuje się na istnienie po jego stronie pewnych szczególnie korzystnych warunków (jak np. w tym przypadku dysponowanie własną bazą, uzyskiwaniem rabatów na paliwo, posiadaniem pojemników do realizacji tego zamówienia czy też własnego sprzętu). Nie dysponując dowodami, potwierdzającymi powyższe okoliczności, zamawiający nie jest w stanie dokonać rzetelnej oceny, czy wszystkie te aspekty, niewątpliwie mające wpływ na możliwość obniżenia ceny, na które powołuje się wykonawca, faktycznie zachodzą. Wprawdzie nie każda

z okoliczności jest możliwa do udowodnienia za pomocą dokumentów urzędowych i nie na każdą okoliczność możliwe jest przedstawienie dowodów pochodzących od podmiotów trzecich, jednakże w tym przypadku zabrakło jakichkolwiek dokumentów potwierdzających, że okoliczności, na które powołuje się wykonawca faktycznie mają miejsce (np. ile i jakie pojemniki zakupił, jakim sprzętem aktualnie dysponuje, czy posiada umowę z dostawcą paliwa i na jakich warunkach odbywa się ta współpraca). Bez takich dowodów, wszystkie okoliczności, które wykonawca przywołał w wyjaśnieniach wskazując kilka okoliczności, które miały uprawdopodobnić, że podana przez niego w ofercie cena jest racjonalna i umożliwia prawidłowe wykonanie przedmiotu zamówienia, należy uznać wyłącznie za niczym nie poparte deklaracje.

Należy zauważyć także, że Sanipor został ponownie wezwany przez zamawiającego pismem z 6 lipca 2023 r. do złożenia wyjaśnień w zakresie rażąco niskiej ceny, w którym to zamawiający zwrócił uwagę, że jego wyjaśnienia z 29 czerwca 2023 r. nie usuwają wszystkich wątpliwości. Zamawiający ponowił prośbę o przedstawienie szczegółowej kalkulacji, tym razem w zakresie tych pozycji, które Sanipor wymienił jako te, które składały się na całkowity koszt tej usługi (roczny koszt utylizacji odpadów komunalnych, koszty pracy brygad, koszty worków, pozostałe koszty). Zaznaczyć należy, że w treści drugiego już wezwania, zamawiający jasno i precyzyjnie opisał swoje wątpliwości wskazując, że oczekuje uszczegółowienia wraz z przedstawieniem konkretnych obliczeń dla ww. elementów, z których zamawiający będzie mógł jednoznacznie wyprowadzić kwoty dla elementów składających się na przedstawioną kalkulację ceny np. zażądał aby w zakresie kosztów pracy brygad przystępujący podał liczbę brygad i osób na danym stanowisku, wymiar zatrudnienia w tym zamówieniu, wysokość wynagrodzenia tych osób itd. Podobnie sprecyzował swoje oczekiwania co do pozostałych wykazanych elementów, w szczególności prosił o wskazanie jakie koszty i w jakiej wysokości kryją się pod pozycją „koszty pozostałe”.

Ponownie powtórzył, że oprócz złożenia kalkulacji oczekuje od wykonawcy przedłożenia stosownych dowodów, dodatkowo wymieniając przykładowe dowody, które uzna w tym przypadku za adekwatne m. in. w postaci umów, ofert, dokumentów księgowych itp.

Odpowiadając na powyższe wezwanie, w piśmie z 10 lipca 2023 r. odwołujący ponownie ograniczył się jedynie do złożenia lakonicznych wyjaśnień, nie popartych żadnymi szczegółowymi wyliczeniami i kalkulacjami, co kluczowe nie udzielił nawet odpowiedzi na zadane pytania, jak też wbrew wyartykułowanemu żądaniu - nie przedłożył żadnych dowodów, których zamawiający oczekiwał.

Izba stwierdziła zatem, że pomimo, iż w ramach prowadzonej procedury wyjaśniającej zamawiający, zwracając się do Sanipor dwukrotnie o udzielenie wyjaśnień w zakresie zaoferowanej ceny w aspekcie podejrzenia, czy nie nosi ona znamion rażąco niskiej, i aż dwukrotnie dając mu szansę na złożenie wyjaśnień i wyczerpujących wyjaśnień w odniesieniu do zaoferowanej ceny i poparcie ich stosownymi dowodami - przystępujący z szansy tej nie skorzystał.

Izba wielokrotnie zwracała uwagę w swoich orzeczeniach, że nieudzielenie wystarczająco konkretnych i kompletnych wyjaśnień odnosi taki sam skutek jak brak tych wyjaśnień, a skutkiem tym jest odrzucenie oferty. Sankcja odrzucenia jest

bowiem bezpośrednio związana z procedurą wyjaśnienia sposobu kalkulacji ceny na wezwanie zamawiającego, a także wynika z obowiązku wykazania, że oferta nie zawiera rażąco niskiej ceny lub kosztu, który spoczywa na wykonawcy. Celem postępowania wyjaśniającego jest ustalenie faktów świadczących o tym, że zaoferowana przez wykonawcę cena jest realna, wiarygodna i zapewni prawidłowe wykonanie przedmiotu zamówienia. Procedura wyjaśniająca musi zmierzać do klarownego opisanie sposobu skalkulowania ceny oferty, a także wątpliwych jej kosztów. Zaś wyjaśnienia wykonawcy powinny zawierać jednoznaczne informacje, przekładające się na uchwytne i wymierne wartości ekonomiczne, co powinno zostać poparte adekwatnymi i wiarygodnymi dowodami, gdyż brak udowodnienia realności ceny skutkuje odrzuceniem oferty.

Powyższe potwierdzają orzeczenia sądów okręgowych, które również zwracają uwagę na konieczność przedłożenia szczegółowych i kompletnych wyjaśnień. Jak trafnie dostrzegł

w swoim wyroku Sąd Okręgowy w Warszawie - XXIII Wydział Gospodarczy Odwoławczy z dnia 18 lutego 2022 r., sygn. akt XXIII Zs 138/21: „(...) wyjaśnienia dotyczące poszczególnych elementów oferty, które miały wpływ na kalkulację ceny winny wskazywać i omawiać przynajmniej podstawowe elementy cenotwórcze, jak przykładowo koszt

pracowników, zaangażowania określonego sprzętu, marże wykonawców, czy koszt zakupu określonych materiałów. Zamawiający powinien mieć możliwość pełnej weryfikacji złożonych wyjaśnień, zaś w niniejszej sprawie nie było to możliwe z uwagi na brak inicjatywy dowodowej wykonawcy w tym zakresie. Bez wątpienia dla zakwalifikowania oferty do dalszego postępowania nie jest wystarczające złożenie jakichkolwiek wyjaśnień, lecz wyjaśnień odpowiednio umotywowanych, przekonujących, że zaproponowana cena nie nosi znamion ceny rażąco niskiej.”

Nie sposób zgodzić się z argumentacją zamawiającego, że skoro regularnie prowadzi on analogiczne postępowanie, zleca przedmiotowe usługi, które to realizuje przystępujący, ma też pewność, że ten posiada dokładną znajomość wszelkich uwarunkowań świadczenia usług na terenie sektora VII i potrafi świadczyć usługi na tym terenie. Powyższe nie dowodzi jeszcze, że zaoferowana przez tego wykonawcę cena nie jest rażąco niska. Zamawiający nie wie bowiem, gdyż tego może dowiedzieć się z treści złożonych wyjaśnień, czy wykonawca ujął w swojej kalkulacji wszystko to, co wymagane jest aby przedmiotowe usługi świadczyć. Bez szczegółowych wyjaśnień i kalkulacji zamawiający nie ma wiedzy np. czy wykonawca dysponuje pojazdami, ma wystarczającą liczbę pojemników na odpady, jakie aktualnie warunki proponuje zatrudnianym przez siebie pracownikom.

W tym zakresie, jak trafnie podnosił odwołujący, zarówno w treści odwołania, jak też w przedłożonym piśmie procesowym z 31 sierpnia 2023 r. istnieje szereg elementów i czynników, które wpływają na sposób kalkulacji ceny ofertowej i, w zależności od potencjału jakim dysponuje dany wykonawca, okoliczności które towarzyszą realizacji zamówienia czy nawet wolumenu usług, które w danym czasie są realizowane - różny będzie także sposób kalkulacji ceny ofertowej. Jedynie tytułem przykładu wskazać należy na kwestie, wskazywane przez odwołującego takie jak sposób kalkulacji kosztów pojazdów. Z wyjaśnień wykonawcy powinno wynikać iloma samochodami w danym momencie dysponuje, które to spełniają wymagania zamawiającego opisane w SWZ, a które może skierować do realizacji zamówienia. Sama sucha deklaracja, zawarta w odpowiedzi na drugie wezwanie zamawiającego,

że umowę będzie obsługiwało 9,5 pojazdów - jest niewystarczająca, gdyż nie wiadomo jaka to flota, czy stanowi własność wykonawcy i w jakiej wysokości skalkulowane zostały koszty ich utrzymania (serwis, ubezpieczenia). W końcu też z treści pisma nie wynika czy pojazdy te dedykowane są do realizacji zamówienia w tym konkretnym sektorze, co jest o tyle istotne, że zamówienie obejmuje kilka sektorów, zatem potencjał posiadany przez wybraną w postępowaniu firmę musi wystarczyć do realizacji tych części, w których wykonawca zostanie wybrany. Kolejnym przykładem, wskazywanym przez odwołującego, która również nie została poruszona w wyjaśnieniach, a która stanowić może znaczący koszt wpływający

na sposób kalkulacji ceny, jest koszt pozyskania kluczy i pilotów do bram. Jak wynika z treści Załącznika nr 5 do SWZ, pkt 3.2.1 usługa odbierania odpadów komunalnych obejmuje przejęcie pozyskanych przez zamawiającego kluczy, pilotów oraz innych środków technicznych, zapewniających dostęp do miejsc gromadzenia odpadów na nieruchomościach. Jak sam przyznał zamawiający na rozprawie dysponuje on jedynie niewielką ich liczbą, pozostałe musi pozyskać wykonawca we własnym zakresie. W przypadku przejęcia realizacji zamówienia w tym sektorze, przystępujący musiałby znaczną ich część pozyskać we własnym zakresie lub odkupić od realizującego zamówienie w tym sektorze odwołującego, co może stanowić znaczący koszt, który składa się i wpływa na cenę realizacji zamówienia. Sanipor w swoich wyjaśnieniach również do tych kwestii nie odniósł się, nie wyjaśnił też w jaki sposób kwestie te rozwiąże.

Tym samym w okolicznościach niniejszej sprawy izba uznała, że odwołujący trafnie zarzucał zamawiającemu, że ten w sposób wadliwy, z naruszeniem cytowanych przepisów ustawy Pzp ocenił wyjaśnienia rażąco niskiej ceny złożone przez Sanipor i zaniechał odrzucenia oferty tego wykonawcy. Złożone wyjaśnienia są niewystarczające a wykonawca nie sprostował ciężącemu na nim obowiązkowi wykazania, że cena jego oferty nie jest rażąco niska. Z kolei odwołujący przedstawił szereg argumentów, przedstawiając dodatkowo dowody wskazujące jakich elementów w swojej kalkulacji Sanipor nie wyjaśnił, a które to stanowią istotne elementy tego zamówienia. W konsekwencji Izba uznała, że odwołanie zasługiwało

na uwzględnienie, o czym orzeczono w pkt 1 sentencji.

O kosztach postępowania odwoławczego orzeczono stosownie do jego wyniku na podstawie art. 574 oraz art. 575 ustawy Pzp, a także w oparciu o przepisy § 5 pkt 1 i pkt 2 oraz § 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 ze zm.).

Przewodniczący: