

WYROK

Warszawa, dnia 14 lutego 2024 r.

Krajowa Izba Odwoławcza - w składzie:

Przewodnicząca: Maria Kacprzyk
Protokolantka: Mikołaj Kraska

po rozpoznaniu na rozprawie w dniu 12 lutego 2024 r. w Warszawie, odwołania wniesionego do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej w dniu 22 stycznia 2024 r. przez wykonawcę Ewę Peter prowadzącą działalność gospodarczą pod firmą Przedsiębiorstwo Produkcyjno-Usługowo-Handlowe „PETER” E.P. z siedzibą w Kępnie, ul. Wrocławska 61, 63-600 Kępno, w postępowaniu prowadzonym przez Gminę Baranów, ul. Rynek 21, 63-604 Baranów

przy udziale uczestnika po stronie zamawiającego: wykonawcy J.W. prowadzącego działalność gospodarczą pod firmą Przedsiębiorstwo Komunalno-Transportowe "WENCEL" J.W. z siedzibą w Kępnie ul. Poznańska 9, 63-600 Kępno, zgłaszającego przystąpienie do postępowania odwoławczego po stronie zamawiającego,

orzeka:

1. uwzględnia odwołanie i nakazuje zamawiającemu unieważnienie czynności wyboru oferty najkorzystniejszej z dnia 10 stycznia 2024 r., unieważnienie czynności wezwania do wyjaśnień z dnia 5 stycznia 2024 r. oraz pominięcie wyjaśnień uczestnika J.W. prowadzącego działalność gospodarczą pod firmą Przedsiębiorstwo Komunalno-Transportowe "WENCEL" J.W. z siedzibą w Kępnie z dnia 9 stycznia 2024 r., odrzucenie oferty wykonawcy J.W. prowadzącego działalność gospodarczą pod firmą Przedsiębiorstwo Komunalno-Transportowe "WENCEL" J.W. z siedzibą w Kępnie, dalsze badanie i ocenę ofert w postępowaniu,
2. kosztami postępowania obciąża uczestnika po stronie zamawiającego J.W. prowadzącego działalność gospodarczą pod firmą Przedsiębiorstwo Komunalno-Transportowe "WENCEL" J.W. z siedzibą w Kępnie:
 - 1.1 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, kwotę 3 600 zł 00 gr (słownie: trzy tysiące sześćset złotych zero groszy) poniesioną przez odwołującego tytułem wynagrodzenia pełnomocnika;
 - 1.2 zasądza od uczestnika po stronie zamawiającego na rzecz odwołującego kwotę 18 600 (słownie: osiemnaście tysięcy sześćset złotych) stanowiącą koszty postępowania odwoławczego.

Na orzeczenie - w terminie 14 dni od dnia jego doręczenia - przysługuje skarga za pośrednictwem Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej do Sądu Okręgowego w Warszawie - Sądu Zamówień Publicznych.

Przewodnicząca:.....

Uzasadnienie

Zamawiający – Gmina Baranów, prowadzi w trybie przetargu nieograniczonego postępowanie o udzielenie zamówienia publicznego pod nazwą „Odbiór odpadów komunalnych od właścicieli nieruchomości zamieszkałych położonych w granicach administracyjnych gminy Baranów w okresie od 1 stycznia 2024 r. do 31 grudnia 2026 r.” (nr referencyjny: GP.ZP.271.10.2023), dalej zwane: „Postępowaniem”.

Ogłoszenie o zamówieniu zostało opublikowane w Dzienniku Urzędowym Unii Europejskiej w dniu 6 października 2023 r. pod numerem: 2023/S 193-600293. Wartość zamówienia przekracza progi unijne określone w przepisach wydanych na podstawie art. 3 ust. 3 ustawy z dnia 11 września 2019 r. – Prawo zamówień publicznych (Dz.U. z 2023 r. poz. 1605 z późn. zm.), dalej zwanej „Pzp”.

W dniu 12 stycznia 2024 roku Odwołujący – E.P. prowadząca działalność gospodarczą pod firmą Przedsiębiorstwo Produkcyjno- Usługo- Handlowe „PETER” E.P. z siedzibą w Kępnie (dalej: „Odwołujący”) działając na podstawie art. 505 ust. 1, art. 513 pkt 1 i 2, art. 515 ust. 1 Pzp, wniósł odwołanie na niezgodną z przepisami Pzp czynności i zaniechania Zamawiającego, polegające na odrzuceniu oferty Odwołującego jako zawierającej rażąco niską cenę.

Odwołujący zaskarżonej czynności Zamawiającego zarzucił naruszenie następujących przepisów:

- 1) art. 226 ust. 1 pkt 5 Pzp w zw. art. 16 pkt 1 Pzp poprzez zaniechanie odrzucenia oferty J.W. prowadzącego

działalność gospodarczą pod firmą Przedsiębiorstwo Komunalno-Transportowe "WENCEL" J.W. (dalej: „PKT Wencel” lub „Przystępujący”) w sytuacji, gdy oferta ta jest niezgodna z warunkami zamówienia,

tj. z pkt I.1.2 Opisu przedmiotu zamówienia (OPZ), a niezgodność ta wyraża się w zaoferowaniu Zamawiającemu wyposażania wskazanych przez niego nieruchomości w zbyt małą liczbę pojemników o pojemności 120 l i 240 l, co oznacza, że oferowane przez PKT Wencel świadczenie nie spełnia wymogów określonych przez Zamawiającego w ww. punkcie OPZ, bowiem wykonawca w rzeczywistości nie zaoferował wyposażania wszystkich nieruchomości w pojemniki o pojemności 120 l i 240 l w ilości pozwalającej na gromadzenie w tych pojemnikach wszystkich pięciu frakcji odpadów komunalnych, zgodnie z wymogami Zamawiającego;

2)art. 226 ust. 1 pkt 8 Pzp w zw. z art. 224 ust. 5 i 6 Pzp w zw. art. 16 pkt 1 Pzp poprzez zaniechanie odrzucenia oferty PKT Wencel w sytuacji, gdy zawiera rażąco niską cenę oraz koszty w stosunku do przedmiotu zamówienia, a co najmniej w sytuacji, gdy wykonawca nie udźwignął ciążącego na nim ciężaru dowodowego wykazania, że jego oferta nie zawiera ceny rażąco niskiej w wyjaśnieniach ceny z dnia 17 listopada 2023 r. Odwołujący zarzuca także, że dodatkowe wezwanie do wyjaśnienia ceny było nieprawidłowe, ponieważ oferta PKT Wencel powinna zostać odrzucona już na podstawie pierwszych wyjaśnień ceny tego wykonawcy, a dodatkowe wezwanie zmierzało wyłącznie do umożliwienia wykonawcy „poprawienia” i „uzupełnienia” w wyjaśnieniach ceny wykonawcy braków i błędów zgodnie z instrukcją Zamawiającego po to, aby stworzyć pozór rynkowego charakteru oferty wykonawcy i jej zgodności z OPZ. Wobec tego dodatkowe wyjaśnienia ceny PKT Wencel z dnia 9 stycznia 2024 r. nie powinny być brane pod uwagę. Niezależnie jednak od tego, przedstawione przez PKT Wencel wyjaśnienia ceny są niewiarygodne, nie zostały poparte dowodami, które mogłyby być uznane za wiarygodne i adekwatne do twierdzeń PKT Wencel w zakresie rynkowego charakteru zaoferowanej ceny. Przyjęcie przez Zamawiającego takich wyjaśnień i dokonanie po ich otrzymaniu wyboru oferty wykonawcy jako najkorzystniejszej świadczy przy tym o tym, że Zamawiający zaniechał przeprowadzenia pogłębionej, merytorycznej analizy wyjaśnień złożonych przez PKT Wencel i poprzestał na jedynie formalnej ich ocenie, co z kolei świadczy o naruszeniu przez Zamawiającego podstawowych zasad prowadzenia postępowania o udzielenie zamówienia publicznego, w tym zasady równego i uczciwego traktowania wykonawców;

3)art. 18 ust. 3 Pzp w zw. z art. 18 ust. 1 i ust. 2 Pzp w zw. z art. 74 ust. 2 Pzp w zw. z art. 11 ust. 2 ustawy z dnia 16 kwietnia 1993 r. o zwalczaniu nieuczciwej konkurencji (dalej jako „uznk”) w zw. z art. 16 pkt 1 i 3 Pzp poprzez wadliwą ocenę skuteczności dokonanego przez PKT Wencel zastrzeżenia jako tajemnicy przedsiębiorstwa załączników do wyjaśnień ceny z dnia 9 stycznia 2024 r. i niezasadne przyjęcie, że PKT Wencel wykazało, że informacje te mają wartość gospodarczą, a w konsekwencji, że informacje te zostały przez tego wykonawcę skutecznie zastrzeżone jako tajemnica przedsiębiorstwa. W wyniku tych działań Zamawiający błędnie nie udostępnił wskazanych informacji Odwołującemu, co w konsekwencji prowadzi do naruszenia naczelnej zasady prawa zamówień publicznych, tj. zasady jawności postępowania i równego traktowania wykonawców, przez co utrudnił też wykonawcom udział w Postępowaniu, ograniczając ich możliwości weryfikacji poprawności oferty złożonej przez PKT Wencel.

Podnosząc powyższe zarzuty, Odwołujący wniósł o uwzględnienie odwołania i nakazanie Zamawiającemu:

- 1)unieważnienia czynności wyboru oferty najkorzystniejszej w Postępowaniu;
- 2)unieważnienia czynności wezwania do wyjaśnień z dnia 5 stycznia 2024 r.,
a w konsekwencji także uznania „Wezwania do wyjaśnienia rażąco niskiej ceny” z dnia 5 stycznia 2024 r. skierowanego do PKT Wencel na podstawie art. 224 i 223 ust. 1 Pzp za nieważne i w konsekwencji pominięcia wyjaśnień ceny PKT Wencel z dnia
9 stycznia 2024 r.;
- 3)niezależnie od żądania wskazanego w pkt 2 powyżej przeprowadzenia ponownego badania i oceny ofert, a w ramach tej czynności odrzucenia oferty PKT Wencel na podstawie art. 226 ust. 1 pkt 2 lit. c) Pzp lub 226 ust. 1 pkt 2 lit. 5 Pzp lub 226 ust. 1 pkt 8 Pzp ;
- 4)odtajnienia załączników do wyjaśnień ceny z dnia 9 stycznia 2024 r. zastrzeżonych jako tajemnica przedsiębiorstwa przez PKT Wencel.

Odwołujący podał, że posiada interes we wniesieniu niniejszego odwołania, ponieważ złożył ofertę, której treść odpowiada SWZ i ubiega się o udzielenie mu zamówienia, zaś brak wybrania jego oferty uniemożliwia osiągnięcie przez Odwołującego przychodu na poziomie ustalonej ceny ofertowej oraz prowadzi do utraty zakładanego zysku.

W uzasadnieniu zarzutu nr 1 Odwołujący wskazał, że zgodnie z pkt I.1.2 OPZ i obowiązkami wynikającymi z jego treści, na każdą frakcję odpadów wykonawca powinien dostarczyć ok. 2000 pojemników o pojemności 240 l i 120 l, co daje

łącznie ok. 10 000 pojemników o pojemności 240 l i 120 l dla wszystkich pięciu frakcji odpadów. Dodatkowo wykonawca ma obowiązek dostarczyć ok. 60 sztuk pojemników o pojemności 1100 l. Zdaniem Odwołującego oferta PKT Wencel (niezależnie od prób późniejszego „sanowania” przez PKT Wencel wytkniętego w pierwszym odwołaniu Odwołującego błędu w jego ofercie) obejmowała tylko wyposażenie nieruchomości w pojemniki o pojemności 120 l i 240 l w ilości 4000 sztuk, co nie pozwoli na wyposażenie wszystkich nieruchomości objętych przedmiotem zamówienia w pięć pojemników przeznaczonych do gromadzenia oddzielnie pięciu frakcji odpadów. Powyższe jego zdaniem przesądza o niezgodności treści oferty z warunkami zamówienia.

Odwołujący także odniósł się do deklaracji Przystępującego zawartej w wyjaśnieniach z dnia 9 stycznia 2024 r., udzielonych w odpowiedzi na wezwanie Zamawiającego z dnia 5 stycznia 2024 r., wskazując na ich niewiarygodność. Wskazał, że każdy wykonawca świadczący usługi odbioru odpadów ma w środkach trwałych pewną liczbę pojemników – jednak pojemniki te służą do realizowania bieżących umów i są rozstawione w gminach, w których konkretny wykonawca realizuje usługi. Jego zdaniem sam tylko fakt, że PKT Wencel być może jest właścicielem danej liczby pojemników nie oznacza, że jest w stanie wykorzystać je do realizacji niniejszego zamówienia. Odwołujący zarzucił, że PKT Wencel nie ma takiej możliwości, ponieważ aktualnie jest związany umowami na odbieranie odpadów komunalnych z terenu gmin Perzów oraz Dziadowa Kłoda i na terenie tych gmin używa pojemników do odbierania wspomnianych odpadów.

Odwołujący przytoczył także okoliczności dotyczące tzw. zamówienia pomostowego, udzielonego na czas trwania Postępowania.

W zakresie zarzutu nr 2, Odwołujący podkreślił, że wyjaśnienia Przystępującego z dnia 17 listopada 2023 r. stanowią pięć-stronne pismo, do którego nie załączono żadnych dokumentów czy innych dowodów. W takiej sytuacji nie sposób uznać zdaniem Odwołującego, że PKT Wencel sprostął ciężącemu na nim obowiązkowi dowodowemu wykazania, że zaofferowana przez niego cena nie jest ceną rażąco niską – bo taki obowiązek nałożył na PKT Wencel Zamawiający, kierując do niego pismo w trybie art. 224 ust. 1 Pzp.

Ponadto, Odwołujący zakwestionował czynność wezwania do dodatkowych wyjaśnień z dnia 5 stycznia 2024 r. Podniósł, że zgodnie z fundamentalnymi zasadami Pzp, takie wezwanie powinno być jednokrotne, chyba że wykonawca podnosi nowe okoliczności – wówczas zamawiający wyjątkowo może odnieść się w kolejnym wezwaniu do tych nowych kwestii i wątpliwości. Jednak, skoro zdaniem Odwołującego pierwotne wyjaśnienia ceny PKT Wencel potwierdziły rażąco niski charakter jego ceny, to kolejne wyzwanie o tym samym zakresie przedmiotowym jest zakazane. Odwołujący zwrócił także uwagę na to, w jaki sposób wezwanie zostało skonstruowane – wezwanie w sposób jednoznaczny referuje do pierwotnego odwołania Odwołującego i jest zbudowane w sposób sugerujący pożądaną przez Zamawiającego odpowiedź, co stanowi jednoznaczne naruszenie zasady równego traktowania wykonawców w Postępowaniu. Podniósł także, że treść wezwania stanowi niedozwoloną próbę negocjacji treści oferty z wykonawcą.

W dalszej części Odwołujący podniósł polemikę z treścią wyjaśnień z dnia 9 stycznia 2024 r., wskazując że:

- 1) J.W. jako emeryt płaci składkę zdrowotną w wysokości 9% dochodu (netto).
- 2) Koszty administracyjne w wysokości 30 tys. zł nie wystarczają na utrzymanie biura, abonamentu GPS, ani pracownika administracyjnego.
- 3) Niewiarygodne jest, aby pracownik administracyjny poświęcał 5% czasu pracy na obsługę zamówienia (czyli 24 minuty dziennie).
- 4) Wskazana przez Przystępującego liczba kursów w miesiącu, jak i wysokość średniego spalania pojazdu jest niewiarygodna i zaniżona, ponieważ w przypadku odpadów zmieszanych należy przewidzieć minimum dwa kursy
- 5) Koszt dzierżawy wszystkich wymaganych pojemników wynosi ok. 400 tys. zł i o tyle jest zaniżona oferta Przystępującego.
- 6) Przystępujący zaniżył także koszty utrzymania pojazdów o ok. 90 tys. zł.
- 7) Wskazany zysk w wysokości 477 tys. zł jest w kwocie brutto, a tym samym należy odliczyć od niej podatek dochodowy oraz VAT, a ponadto nieuwzględnione w kalkulacji koszty.

W odniesieniu do zarzutu nr 3, Odwołujący zakwestionował skuteczność zastrzeżenia załączników do wyjaśnień ceny z dnia 9 stycznia 2024 r. jako zawierających tajemnicę przedsiębiorstwa PKT Wencel: Arkusz spisu z natury nr 1/2023; Oferta na najem pojemników; Umowy najmu pojazdów. Odwołujący wskazał, że Arkusz spisu z natury nr 1/2023 ma

znaczenie w niniejszym postępowaniu wyłącznie co do liczby i rodzaju pojemników, które posiada PKT Wencel. Pozostałe informacje, dotyczące np. innych środków trwałych tego wykonawcy, mogą zostać zanonimizowane, zaczernione, lecz dokumenty powołane w postępowaniu o udzielenie zamówienia publicznego powinny być jawne i pozwalać na zweryfikowanie oświadczeń wykonawcy. PKT Wencel na str. 2 wyjaśnień ceny opisuje, że posiada m.in. 4260 pojemników 120 l i ponad 1740 pojemników 240 l. Kolejno, oferta na najem pojemników także nie może stanowić tajemnicy przedsiębiorstwa, ponieważ warunki cenowe najmu pojemników zostały opisane w treści wyjaśnień z dnia 17 listopada 2023 r. W zakresie umowy najmu pojazdu, Odwołujący wskazał, że brak dostępu do dokumentów uniemożliwia weryfikację przedstawionych kosztów.

Odwołujący podkreślił, że wykonawca PKT Wencel nie wykazał, że objętej zastrzeżeniem części wyjaśnień znajdują się informacje mające dla niego wartość gospodarczą.

W ustawowym terminie, w dniu 24 stycznia 2024 r., wykonawca PKT Wencel zgłosił przystąpienie do postępowania odwoławczego po stronie Zamawiającego.

W dniu 7 lutego 2023 r., Zamawiający, w wykonaniu zarządzenia Izby, złożył odpowiedź na odwołanie, w której zajął stanowisko, że jego działania są zgodne z przepisami prawa. Podkreślił, że był on uprawniony do wystosowania wezwania z dnia 5 stycznia 2024 r., ponieważ pierwsze wezwanie do wyjaśnień rażąco niskiej ceny miało charakter ogólny i blankietowy, zaś drugie wezwanie miało charakter precyzyjny. Zwrócił także uwagę, że cena Przystępującego nie różni się o 30% od średniej arytmetycznej złożonych ofert, a Przystępujący potwierdził w treści wyjaśnień, że oferta nie zawiera rażąco niskiej ceny. Zamawiający zajął także stanowisko, że postępowanie odwoławcze nie dotyczy zamówienia zwanego „pomostowym” i wszelkie twierdzenia i zarzuty powinny zostać pominięte.

W dniu 7 lutego 2023 r., w wykonaniu zarządzenia Izby, Przystępujący złożył pismo, w treści którego wniósł o oddalenie odwołania w całości. Potrzymał, że jest właścicielem ponad 6 tys. sztuk pojemników na odpady, zaś Odwołujący nie podważył prawdziwości tych twierdzeń, jak również nie istnieje oficjalny dokument urzędowy mający potwierdzać stan majątku. Przystępujący wskazał, że wycenił jedynie dzierżawę pozostałych pojemników, tj. tych, których nie posiada jako właściciel.

Przystępujący wskazał także, że podobne wezwanie do wyjaśnień było uzasadnione w zaistniałych okolicznościach, a w pierwotnie złożonych wyjaśnieniach została zaprezentowana szczegółowa kalkulacja kosztów. W zakresie tajemnicy przedsiębiorstwa, Przystępujący wskazał, że informacje takie jak dokładna liczba pojemników oraz dane podmiotów oferujących ceny najmu mają charakter krytyczny dla Przystępującego, stąd ich utajnienie było poprawne i skuteczne.

Na posiedzeniu i rozprawie Strony oraz uczestnicy podtrzymały dotychczas wyrażone stanowiska.

Odwołujący złożył na posiedzeniu pismo procesowe, zawierające pisemne stanowisko co do tajemnicy przedsiębiorstwa. Złożył ponadto wniosek o dopuszczenie i przeprowadzenie dowodów z dokumentów w postaci:

- 1)wyciąg z SWZ, Załącznik 12 do SWZ i informacja o wyborze oferty w postępowaniu prowadzonym przez Gminę Perzów pn. Odbiór i transport odpadów komunalnych z nieruchomości z terenu Gminy Perzów — na okoliczność, że PKT Wencel realizuje zamówienie dla Gminy Perzów i zapewnia tam 1875 pojemników do zbierania odpadów komunalnych, a w konsekwencji oferta PKT Wencel jest niezgodna z SWZ w zakresie, w jakim nie zapewnia on dostarczenia wystarczającej liczby pojemników dla Gminy Baranów;
- 2)informacja publiczna z Gminy Dziadowa Kłoda z dnia 7 lutego 2024 r., wniosek o udzielenie informacji publicznej z Gminy Dziadowa Kłoda z dnia 5 lutego 2024 r., wyciąg z SWZ w postępowaniu prowadzonym przez Gminę Dziadowa Kłoda pn. Odbiór i transport odpadów komunalnych od właścicieli nieruchomości zamieszkałych na terenie gminy Dziadowa Kłoda do Zakładu Zagospodarowania Odpadów Olszowa ul. Bursztynowa 55, Olszowa — na okoliczność, że PKT Wencel realizuje zamówienie dla Dziadowa Kłoda i zapewnia tam 6474 pojemników do zbierania odpadów komunalnych, a w konsekwencji oferta PKT Wencel jest niezgodna z SWZ w zakresie, w jakim nie zapewnia on dostarczenia wystarczającej liczby pojemników dla Gminy Baranów;
- 3)Załącznik nr 3 do SWZ w postępowaniu prowadzonym przez Gminę Baranów pn. Odbiór odpadów komunalnych od właścicieli nieruchomości zamieszkałych, położonych w granicach administracyjnych gminy Baranów w okresie od 1 stycznia 2024 r. przez co najmniej dwa miesiące, aż do rozstrzygnięcia postępowania przetargowego przez Krajową Izbę Odwoławczą oraz korespondencja między Odwołującym a Zamawiającym w sprawie wydzierżawienia pojemników Odwołującego na czas realizacji tzw. zamówienia pomostowego przez PKT Wencel —na okoliczność zmian w warunkach realizacji usługi wprowadzonych w postępowaniu na korzyść PKT Wencel oraz na okoliczność braku posiadania przez PKT Wencel wymaganej liczby pojemników, a w konsekwencji oferta PKT Wencel jest niezgodna z SWZ w zakresie, w jakim nie zapewnia on dostarczenia wystarczającej liczby pojemników dla Gminy Baranów;
- 4)kalkulacja Odwołującego pokazująca sumę kosztów nieuwzględnionych w cenie oferty PKT Wencel — na okoliczność rażąco niskiej ceny oferty PKT Wencel;
- 5)kalkulacja składek zdrowotnych osoby prowadzącej działalność gospodarczą na emeryturze autorstwa księgowego

- B.F. — na okoliczność nieuwzględnienia tych kosztów w cenie oferty PKT Wencel;
- 6) kalkulacja Odwołującego pokazująca liczbę przejechanych kilometrów w toku realizacji usługi odbioru i transportu odpadów komunalnych dla Gminy Baranów w październiku 2023 r. — na okoliczność nieuwzględnienia wszystkich kosztów odbioru odpadów (w tym zniżenia liczby trasówek i długości kursów) w cenie oferty PKT Wencel;
- 7) zestawienie trasówek GPS w toku realizacji usługi odbioru i transportu odpadów komunalnych dla Gminy Baranów w październiku 2023 r. — na okoliczność nieuwzględnienia wszystkich kosztów odbioru odpadów (w tym zniżenia liczby trasówek i długości kursów) w cenie oferty PKT Wencel;
- 8) Karty Przekazania Odpadów Komunalnych do instalacji w toku realizacji usługi odbioru i transportu odpadów komunalnych dla Gminy Baranów w październiku 2023 r. — na okoliczność nieuwzględnienia wszystkich kosztów odbioru odpadów (w tym zniżenia liczby trasówek i długości kursów) w cenie oferty PKT Wencel;
- 9) kalkulacja Odwołującego pokazująca liczbę przejechanych kilometrów w toku realizacji usługi odbioru i transportu odpadów komunalnych dla Gminy Baranów w maju 2023 r. — na okoliczność nieuwzględnienia wszystkich kosztów odbioru odpadów (w tym zniżenia liczby trasówek i długości kursów) w cenie oferty PKT Wencel;
- 10) zestawienie trasówek GPS w toku realizacji usługi odbioru i transportu odpadów komunalnych dla Gminy Baranów w maju 2023 r. - na okoliczność nieuwzględnienia wszystkich kosztów odbioru odpadów (w tym zniżenia liczby trasówek i długości kursów) w cenie oferty PKT Wencel;
- 11) Karty Przekazania Odpadów Komunalnych do instalacji w toku realizacji usługi odbioru i transportu odpadów komunalnych dla Gminy Baranów w maju 2023 r. - na okoliczność nieuwzględnienia wszystkich kosztów odbioru odpadów (w tym zniżenia liczby trasówek i długości kursów) w cenie oferty PKT Wencel;
- 12) zaświadczenie Grupy KOSZ (kontrahent Odwołującego - oferuje pełen zakres usług związanych z procesem gospodarowania odpadami m.in. transport, odbiór i zagospodarowanie odpadów) oraz zaświadczenie Komunal Full (kontrahent Odwołującego - zajmuje się dystrybucją śmieciarek i innych pojazdów komunalnych, a także naprawą oraz zabudową śmieciarek) — na okoliczność poziomu spalania paliwa dla pojazdów ciężarowych typu śmieciarka;
- 13) zestawienie pojazdów zakupionych przez PKT Wencel (dowodów rejestracyjnych złożonych w postępowaniu) oraz ofert sprzedaży podobnych samochodów — na okoliczność kosztu zakupu pojazdów PKT Wencel, które podlegają amortyzacji opisanej w odwołaniu;
- 14) kalkulacja amortyzacji pojazdów PKT Wencel autorstwa księgowego - B.F. — na okoliczność kosztu zakupu pojazdów PKT Wencel, które podlegają amortyzacji opisanej w odwołaniu;
- 15) zawiadomienia Odwołującego z dnia 9 lutego 2024 r. wysłane do Wojewódzkiego Inspektora Ochrony Środowiska oraz do Gminy Baranów dotyczące naruszeń przepisów prawa w toku realizacji usługi odbioru i transportu odpadów komunalnych dla Gminy Baranów w 2024 r. wraz z dowodami w postaci materiałów wideo, które pokazują, jak PKT Wencel miesza odbierane z Gminy Baranów odpady komunalne różnych frakcji w jednej śmieciarce, co jest zagrożone karą nakładaną przez WIOŚ w wysokości do 1 000 000 zł oraz Zamawiającego w wysokości do 50 000 zł — na okoliczność, że cena oferty PKT Wencel nie daje możliwości wykonania przedmiotu zamówienia zgodnie z wymaganiami określonymi w dokumentach zamówienia lub wynikającymi z odrębnych przepisów.

Przystępujący złożył na posiedzeniu wniosek o dopuszczenie i przeprowadzenie dowodów z następujących dokumentów:

- 1) wydruku z BIP na okoliczność zawyżenia kwoty odczytanej na otwarciu ofert;
- 2) referencji z czterech gmin (Bralin, Dziadowa Kłoda, Perzów, Rychtal), gdzie wykonywana jest usługa analogiczna do tej w tym postępowaniu przez Przystępującego;
- 3) zestawienia średniej ceny za tonę, która jest dostarczana do gmin wskazanych w referencjach przez Przystępującego (na dole znajdują się średnie ceny za tonę dostarczane przez Odwołującego) na okoliczność, że Przystępujący tę samą usługę świadczy za mniejszą kwotę, wraz z dokumentami z postępowania o udzielenie zamówienia publicznego na okoliczność, że cena zaoferowana przez Odwołującego jest wyższa;
- 4) zestawień i map obrazujących ilość kilometrów w Gminie Baranów na okoliczność zawyżenia wartości podanej w wyjaśnieniach rażąco niskiej ceny;
- 5) notatki służbowej Zamawiającego wskazującej na to, że Odwołujący proponował Zamawiającemu wykonanie zamówienia za cenę zaproponowaną przez Przystępującego na okoliczność, że cena w tym postępowaniu jest

przez Odwołującego zawyżona.

Po przeprowadzeniu rozprawy, uwzględniając ogłoszenie o zamówieniu oraz dokumenty zamówienia, jak również biorąc pod uwagę oświadczenia i stanowiska Stron zawarte w odwołaniu i odpowiedzi na odwołanie, a także wyrażone ustnie na rozprawie i odnotowane w protokole, Izba ustaliła, co następuje:

Przedmiotem zamówienia jest odbiór odpadów komunalnych od właścicieli nieruchomości zamieszkałych położonych w granicach administracyjnych gminy Baranów. Przedmiotowe zamówienie ma być realizowane przez okres 3 lat, od 1 stycznia 2024 r. do 31 grudnia 2026 r.

Zgodnie z postanowieniami OPZ, pkt I.1.2 OPZ przedmiot niniejszego zamówienia obejmuje między innymi:

„2) Wyposażenie wskazanych przez Zamawiającego nieruchomości w zabudowie jednorodzinnej w:

czarny pojemnik - przeznaczony do zbierania niesegregowanych (zmieszanych) odpadów komunalnych,

brązowy pojemnik - przeznaczony do zbierania bioodpadów w przypadku gospodarstw niekompostujących bioodpady spełniających wymogi bezpieczeństwa i jakości oraz atesty PZH i certyfikat zgodności z Polską Normą

żółty pojemnik - przeznaczony do zbierania tworzyw sztucznych i metali oraz odpadów opakowaniowych wielomateriałowych,

niebieski pojemnik - przeznaczony do zbierania papieru, w tym tektury, odpady opakowaniowe z papieru i odpady opakowaniowe z tektury,

zielony pojemnik - przeznaczony do zbierania szkła

Ponadto Zamawiający dopuszcza wyposażenie mieszkańców w następujące worki (przekazane/dostarczane przez Zamawiającego) przeznaczone do odbioru:

- tworzyw sztucznych i metali oraz odpadów opakowaniowych wielomateriałowych w kolorze żółtym;

- papieru, w tym tektury, odpady opakowaniowe z papieru i odpady opakowaniowe z tektury w kolorze niebieskim;

- szkła w kolorze zielonym;

- odpadów Bio w kolorze brązowym.

Przewidziana ilość pojemników dla każdej frakcji ok. 2000 szt. w tym ok. 1420 pojemników o objętości 0,12 m³ (120 l) oraz ok. 580 pojemników o objętości 0,24 m³ (240 l).

Wykonawca zobowiązany jest uzyskać od właściciela nieruchomości zamieszkałej, a w przypadku jego nieobecności od dowolnego domownika, pisemne potwierdzenie dostarczenia pojemnika o odpowiedniej pojemności.

Przewidziano jeden pojemnik dla każdej frakcji o objętości 0,12 m³ (120 l) dla max 4 mieszkańców natomiast pojemnik o objętości 0,24 m³ (240 l) powyżej 4 mieszkańców. W uzgodnieniu z Zamawiającym wielkość oraz ilość pojemników dostarczonych do gospodarstw może ulec zmianie.

Zamawiający w dniu zawarcia umowy przekaże Wykonawcy drogą elektroniczną szczegółowy wykaz nieruchomości objętych zbieraniem odpadów i sposobie zbierania bioodpadów.”.

W dniu 23 października 2023 r., Zamawiający udzielił wyjaśnień treści SWZ, w odpowiedzi na pytanie nr 1 wskazując następująco:

„Zamawiający wyjaśnia, iż Wykonawca jest zobowiązany wyposażyć wszystkie wskazane przez Zamawiającego nieruchomości w:

czarny pojemnik - przeznaczony do zbierania niesegregowanych (zmieszanych) odpadów komunalnych, brązowy

pojemnik - przeznaczony do zbierania bioodpadów w przypadku gospodarstw niekompostujących bioodpady

spełniających wymogi bezpieczeństwa i jakości oraz atesty PZH i certyfikat zgodności z Polską Normą żółty pojemnik - przeznaczony do zbierania tworzyw sztucznych i metali oraz odpadów opakowaniowych wielomateriałowych, niebieski

pojemnik - przeznaczony do zbierania papieru, w tym tektury, odpady opakowaniowe z papieru i odpady opakowaniowe z tektury, zielony pojemnik - przeznaczony do zbierania szkła; w terminie do 31.12.2023 r. w ilości podanej w Opisie Przedmiotu Zamówienia.

Z kolei worki przeznaczone do odbioru odpadów Wykonawca będzie dostarczał w trakcie realizacji zamówienia w porozumieniu i w uzgodnieniu z Zamawiającym.”.

W ramach odpowiedzi na pytanie nr 2, Zamawiający wyjaśnił następująco:

„Zamawiający informuje, iż zgodnie z zapisem Opisu Przedmiotu Zamówienia do 31.12.2023r. Wykonawca winien dostarczyć:

„pojemniki dla każdej frakcji ok. 2000 szt. w tym ok. 1420 pojemników o objętości 0,12 m³ (120l) oraz ok. 580 pojemników o objętości 0,24 m³ (240l). Wykonawca zobowiązany jest uzyskać od właściciela nieruchomości zamieszkałej, a w przypadku jego nieobecności od dowolnego domownika, pisemne potwierdzenie dostarczenia pojemnika o odpowiedniej

pojemności. Przewidziano jeden pojemnik dla każdej frakcji o objętości 0,12 m³ (120 l) dla max 4 mieszkańców natomiast pojemnik o objętości 0,24 m³ (240 l) powyżej 4 mieszkańców. W uzgodnieniu z Zamawiającym wielkość oraz ilość pojemników dostarczonych do gospodarstw może ulec zmianie.

Zamawiający w dniu zawarcia umowy przekaże Wykonawcy drogą elektroniczną szczegółowy wykaz nieruchomości objętych zbieraniem odpadów i sposobie zbierania bioodpadów.

Zamawiający informuje, że do wskazanych w OPZ budynków wielorodzinnych należy dostarczyć pojemniki 1100 l w przewidywanej ilości ok. 60 szt. Zamawiający uzgodni z Wykonawcą ostateczną ilość dostarczanych pojemników.”.

Do wyznaczonego terminu składania ofert, wpłynęły dwie oferty: Odwołującego na kwotę 3.150.187,20 zł brutto oraz Przystępującego na kwotę 2.375.519,77 zł brutto.

W ramach badania i oceny ofert, w dniu 14 listopada 2023 r. Zamawiający wezwał Przystępującego do złożenia wyjaśnień w zakresie wyliczenia ceny, w tym złożenia dowodów. W treści przytoczył on brzmienie art. 224 ust. 3 Pzp oraz określił termin na ich złożenie.

W dniu 20 listopada 2024 r., Przystępujący złożył wyjaśnienia datowane na dzień 17 listopada 2023 r., w których wskazał, że sporządzając ofertę posiłkował się wartością zamówień udzielonych w latach ubiegłych, jak również kwotą wskazaną w planie postępowań o udzielenie zamówień na rok 2023 (wersja 9). Przytoczył ponadto różnicę pomiędzy drugą ze złożonych ofert, jak również definicję rażąco niskiej ceny wypracowaną przez doktrynę czy orzecznictwo.

Ponadto wskazał okoliczności wpływające na wysokość wynagrodzenia, takiej jak udział w realizacji właściciela firmy, zakup oleju napędowego po cenach hurtowych, dzierżawa pojemników po promocyjnych cenach ze względu na długą i rzetelną współpracę z dostawcą, nieduża odległość od Regionalnej Instalacji Przetwarzania Odpadów Komunalnych właściwej dla Gminy Baranów tj. Zakładu Zagospodarowania Odpadów Olszowa sp. z o.o.

Przystępujący przedstawił także kalkulacje wynagrodzenia kosztów pracowników (trzech osób, koszty oleju napędowego przy założeniu spalania 46 litrów na 100 km oraz 29 kursów do po 100 km w miesiącu oraz dzierżawę 4 tys. pojemników. Do powyższych kosztów Przystępujący doliczył pozostałe koszty użytkowania samochodów (ubezpieczeń, przeglądów, napraw itp.) oraz koszty administracyjne (utrzymanie biura, wynagrodzenie pracownika biurowego, abonament systemu GPS, itp.). Powyższe dane zostały zawarte w tabeli, z których wynikał także po odliczeniu kosztów od wartości brutto zamówienia – zysk w kwocie 477 687,37 zł brutto.

W dniu 7 grudnia 2023 r. Zamawiający poinformował, że uznał ofertę złożoną przez PKT Wencel za najkorzystniejszą w Postępowaniu. Odwołujący zakwestionował tę czynność Zamawiającego i w dniu 18 grudnia 2023 r. wniósł odwołanie do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej (sygn. akt KIO 3798/23). Postępowanie odwoławcze zostało umorzone wobec unieważnienia przez Zamawiającego wyboru czynności najkorzystniejszej.

Zamawiający w dniu 5 stycznia 2024 r. skierował do PKT Wencel dodatkowe „Wezwanie do wyjaśnienia rażąco niskiej ceny” (gdzie wskazał również, że pismo ma dwie podstawy prawne: „na podstawie art. 224 i 223 ust. 1 Pzp”) i jednocześnie w tym samym piśmie w części drugiej „Wezwanie do uzupełnienia podmiotowych środków dowodowych” na podstawie art. 126 ust. 3 Pzp. W treści wyjaśnień, Zamawiający zwrócił się o:

- przedstawienie szczegółowej kalkulacji związanej z kosztami właściwej liczby pojemników oraz wykazanie, czy wykonawca uwzględnił w swojej kalkulacji wszystkie pojemniki niezbędne do realizacji zamówienia;
- wyjaśnienie w ramach kosztów pracowników wydatków związanych ze składkami na ubezpieczenie społeczne (ZUS) i wynagrodzenie pracowników, którzy będą wykonywali „czynności merytoryczne”;
- przedstawienie kosztów związanych z kalkulacją ilości kursów, biorąc pod uwagę średnią długość trasy, średnie spalanie i średni koszt paliwa;
- przedstawienia kosztów użytkowania samochodów;
- przedstawienia kosztów administracyjnych.

Dodatkowo Zamawiający wskazał, że wyjaśnienia powinny być poparte dowodami, jeżeli są one konieczne do wykazania założeń przyjętych w wyjaśnieniach rażąco niskiej ceny.

W dniu 9 stycznia 2024 r. Przystępujący udzielił odpowiedzi na ww. pismo, tytułując je jako uszczegółowienie wyjaśnień w zakresie rażąco niskiej ceny. Wyjaśnił, że pozostałe pojemniki (niewydzierżawione), które Wykonawca zamierza przeznaczyć na potrzeby realizacji przedmiotowego zamówienia są jego własnością, w związku z powyższym nie będzie ponosił kosztów związanych z ich użytkowaniem. Wskazał, że jest właścicielem ponad 4260 sztuk pojemników 120 l, ponad 1740 sztuk pojemników 240 l oraz pojemników 1100 l, na dowód czego przedłożył Arkusz spisu z natury, jak również uzupełnił dowód dotyczący najmu pozostałych pojemników.

Przystępujący na potwierdzenie wysokości kosztów pracowniczych przedstawił zanonimizowane umowy o pracę, jak również wskazał, że nie będzie ponosił innych kosztów, ponieważ będzie je realizował właściciel J.W.. Przystępujący wskazał także dane i dowody potwierdzające odległości i trasy, jak również dowody związane ze średnią ceną paliwa. Ponadto wyspecyfikował koszty użytkowania pojazdów, takie jak badania techniczne, mycie czy wulkanizacja, i wyjaśnił, że samochody te stanowią jego własność i nie ponosi żadnych kosztów leasingu czy najmu. W zakresie kosztów

administracyjnych w wysokości 30.000,00 zł, Przystępujący wskazał, że składa się na tę kwotę koszt 833,33 zł miesięcznie.

Przystępujący wyjaśnił, że zatrudnia jednego pracownika biurowego na umowę o pracę z wynagrodzeniem 5.500,00 zł brutto co łącznie z kosztami ZUS daje koszt pracodawcy w wysokości 6.633,55 zł miesięcznie. Oszacował, że na obsługę przedmiotowego zamówienia pracownik przeznaczy maksymalnie 5% swojego czasu pracy co dało miesięczny koszt związany z zamówieniem w wysokości ok. 330 zł. Na koszt monitoringu GPS założono kwotę 430,00 zł miesięcznie. Pozostała kwota to koszty biurowe. Dodatkowo poinformował, iż J.W. jako emeryt zwolniony jest ze składek społecznych ZUS.

Przystępujący zastrzegł także jako tajemnicę przedsiębiorstwa następujące dokumenty: Arkusz spisu z natury nr 1/2023, Oferta na najem pojemników oraz Umowy najmu pojazdów. Wykonawca nie wyraził zgody na odtajnienie w całości, jak i w części wyżej wymienionych dokumentów i przedstawił wyjaśnienia, iż zastrzeżone informacje stanowią tajemnicę przedsiębiorstwa.

W dniu 10 stycznia 2024 r. Zamawiający poinformował, że ponownie uznał ofertę złożoną przez PKT Wencel za najkorzystniejszą w Postępowaniu.

Izba zważyła, co następuje:

Izba nie dopatrzyła się przesłanek, które mogłyby skutkować odrzuceniem odwołania. Izba ustaliła, że odwołanie zostało wniesione w terminie, nie zawiera braków formalnych oraz terminowo został uiszczony od niego wpis w wymaganej wysokości. Nie została również wypełniona żadna z pozostałych przesłanek skutkujących odrzuceniem odwołania na podstawie art. 528 Pzp.

Izba stwierdziła, że Odwołujący wykazał przesłankę materialnoprawną dopuszczalności odwołania, o której mowa w art. 505 ust. 1 ustawy Pzp, tj. wykazał interes w uzyskaniu zamówienia oraz że może ponieść szkodę w wyniku naruszenia przez zamawiającego przepisów ustawy Pzp.

Odwołanie podlegało uwzględnieniu w całości, zaś podniesione zarzuty potwierdziły się.

Zarzut nr 1 odwołania sprowadzał się do zakwestionowania zaoferowanej liczby pojemników o wielkości 120 l i 240 l. Izba w tym zakresie nie dała wiary gołosłownym stwierdzeniom Przystępującego o posiadaniu wymaganej liczby pojemników na stanie, dedykowanych do realizacji zamówienia. Przystępujący kwestię tę wskazał po raz pierwszy w wyjaśnieniach z dnia 9 stycznia 2024 r, zaś dalsza retoryka była podtrzymaniem zajętego stanowiska. Na pytania Izby, dotyczące posiadanych pojemników, wykorzystania ich w innych kontraktach, magazynowania, przechowywania czy też kosztów ich nabycia udzielał odpowiedzi częściowo wymijających a częściowo wpisujących się w przyjętą narrację, lecz niepotwierdzonych w zgromadzonym materiale dowodowym. Przede wszystkim, skoro Przystępujący jest – jak sam twierdzi – małą rodzinną firmą, to nie sposób dać wiary twierdzeniom, że dysponuje zapasem pojemników w tak znacznej liczbie o wartości wynoszącej kilkaset tysięcy złotych. Izba stoi na stanowisku, że Przystępujący posiada liczbę pojemników wskazaną w Arkuszu spisu z natury, jednakże są to wszystkie pojemniki wchodzące w skład jego przedsiębiorstwa, a nie wyłącznie dedykowane do przedmiotowego zamówienia. Powyższe Izba ustaliła na podstawie dowodów złożonych przez Odwołującego, stanowiących informacje z gmin o liczbie wykorzystywanych pojemników, co jest spójne także z inicjatywą dowodową Przystępującego, stanowiącą potwierdzenie realizacji zamówień w tychże gminach.

Nawet jeśli by uznać, że Przystępujący dysponuje pojemnikami i mógłby użyć ich w realizacji zamówienia na rzecz Zamawiającego, stanowisko, jakoby ich użycie nie stanowiło kosztu jest oderwane od realiów prowadzenia działalności gospodarczej. Przystępujący w ramach prowadzonej działalności nabywając do własnego przedsiębiorstwa pojemnik o uśrednionym koszcie ok. 100 zł powinien rozliczyć ten koszt w ramach uzyskiwanych przychodów – ponieważ do tego sprowadza się prowadzenie działalności gospodarczej w celu zarobkowym. Na uwagę także zasługuje okoliczność, że Zamawiający wymaga dostarczenia pojemników na początku realizacji umowy – co dla wykonawcy realizującego zamówienia oznacza konieczność poniesienia kosztu „z góry”. Dodatkowo – w toku realizacji kontraktu może dojść do uszkodzenia czy zniszczenia określonej liczby pojemników, co dla wykonawcy realizującego zamówienia oznacza konieczność dostarczenia nowego. Zgodnie z oświadczeniem Przystępującego koszt ten byłby pokrywany z zysku, stanowiącego jednocześnie budżet ryzyka, przy czym biorąc pod uwagę dalsze oświadczenia o konieczności pokrycia innych kosztów, stanowisko takie wydaje się nieuprawnione, a przewidziana kwota – niewystarczająca.

Konkludując, Izba stoi na stanowisku, że Przystępujący składając ofertę skalkulował zbyt małą liczbę pojemników na śmieci, a samym jego oferta podlega odrzuceniu na podstawie art. 226 ust. 1 pkt 5 Pzp, jako niezgodna z warunkami zamówienia.

Zarzut nr 2 został podniesiony w dwóch aspektach: pierwszy dotyczył wezwania do uzupełnienia wyjaśnień z dnia 5 stycznia 2024 r., zaś drugi oceny kalkulacji ceny Przystępującego i przedłożonych wyjaśnień dokonanej przez Zamawiającego.

Zgodnie 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. Na podstawie art. 226 ust. 1 pkt 8 Pzp zamawiający odrzuca ofertę, jeżeli zawiera rażąco niską cenę lub koszt w stosunku do przedmiotu zamówienia.

Analiza przepisów Pzp prowadzi do wniosku, że ciężar wykazania, iż oferta nie zawiera rażąco niskiej ceny lub kosztu spoczywa na wykonawcy, który otrzymał wezwanie do złożenia wyjaśnień. Tym samym złożone przez wykonawcę wyjaśnienia w zakresie ceny oferty lub kosztu, lub ich istotnych części składowych, winny być konkretne, wyczerpujące i rozwiewające wątpliwości zamawiającego co do możliwości wykonania przedmiotu zamówienia zgodnie z wymaganiami określonymi w specyfikacji lub wynikającymi z odrębnych przepisów. Wykonawca zobowiązany jest wyjaśnić w sposób szczegółowy i konkretny, że zaoferowana cena gwarantuje należyłą realizację całego zamówienia. To na wykonawcy ciąży obowiązek wykazania, jakie obiektywne czynniki pozwoliły mu na obniżenie ceny oferty oraz w jakim stopniu dzięki tym czynnikom cena oferty została obniżona. Wyjaśnienia złożone przez wykonawcę powinny poparte być stosownymi dowodami.

Przenosząc powyższe rozważania na grunt niniejszej sprawy, w aspekcie pierwszym, Izba przyznała rację Odwołującemu, że w okolicznościach niniejszej sprawy, powtórne wezwanie do wyjaśnień było nieprawidłowe. Przystępujący w dniu 20 listopada 2023 r. złożył wyjaśnienia o określonej treści, niezawierające dowodów i w takich okolicznościach ponowne wezwanie jest naruszeniem przepisów Pzp. Przede wszystkim, w odpowiedzi na wezwanie do wyjaśnienia sposobu kalkulacji ceny, wykonawca powinien udzielić odpowiedzi precyzyjnej, jednoznacznej odpowiedzi jakie elementy składają się na zaoferowaną cenę, rozwiewającej wątpliwości co do możliwości wykonania przedmiotu zamówienia zgodnie z wymaganiami określonymi w SWZ. Zamawiający może mieć prawo ponowić wezwanie do wyjaśnień w trybie art. 224 ust. 1 i 2 Pzp, ale ma przede wszystkim obowiązek mieć na uwadze treść art. 16 Pzp, który przewiduje podstawowe zasady udzielania zamówień, w tym zachowanie przejrzystości, uczciwej konkurencji i równego traktowania wykonawców. W świetle tych zasad zamawiający może ponownie wezwać wykonawcę do wyjaśnień w sprawie rażąco niskiej ceny, ale jedynie wtedy, kiedy wykonawca już za pierwszym razem udzielił konkretnych, spójnych, popartych dowodami wyjaśnień, które tylko w niektórych kwestiach wymagają doprecyzowania czy uzupełnienia. Natomiast nie można ponownie wzywać o wyjaśnienia wykonawcy, który wprawdzie w terminie udzielił zamawiającemu odpowiedzi, ale którego pierwotne wyjaśnienia z uwagi na ich ogólnikowość i lakoniczność w żaden sposób nie tłumaczą, skąd wynika taka, a nie inna cena oferty, a przede wszystkim nie zawierają żadnych dowodów.

Skoro Przystępujący ciężarowi wykazania sposobu kalkulacji własnej ceny nie sprostał, a Zamawiający miał określone wątpliwości co do treści złożonych wyjaśnień, wezwanie z dnia 5 stycznia 2024 r., nie powinno mieć miejsca. Stanowiło nieuprawnioną próbę sanowania niepełnych wyjaśnień i stwarzało kolejną, dodatkową szansę na uzupełnienie dowodów. Przepisy dotyczące udzielania zamówień charakteryzują się pewnym stopniem formalizmu i chociaż – jak słusznie zauważał Przystępujący – hołdują konkurencyjności - za głęboko nieuprawnione należy uznać działanie Zamawiającego, który wezwał wykonawcę do poprawienia i uzupełnienia wyjaśnień niepełnych. Ocenie powinny podlegać wyjaśnienia w takiej formie, w jakiej Przystępujący złożył je w dniu 20 listopada 2023 r.

Z powyższych powodów Izba nakazała unieważnienie czynności wezwania z dnia 5 stycznia 2024 r. oraz pominięcie wyjaśnień wraz z dowodami złożonych w odpowiedzi w dniu 9 stycznia 2024 r.

Drugi aspekt zarzutu koncentrował się na ocenie, czy Przystępujący sprostał ciężarowi dowodu wykazania, że jego oferta nie zawiera rażąco niskiej ceny. Izba stoi na stanowisku, że nie – także z przyczyn wskazanych dotychczas w treści uzasadnienia wyroku.

Wyjaśnienia z dnia 20 listopada 2023 r. nie potwierdziły, że Przystępujący prawidłowo skalkulował cenę, co przede wszystkim wynika z braku przedłożenia jakichkolwiek dowodów. Izba stoi na stanowisku, że przedkładając wyjaśnienia zawierające oświadczenia własne, należy przedłożyć także dowody na ich potwierdzenie – jak chociażby oferty najmu (dzierżawy) pojemników zawierające potwierdzenie stawki. W tym aspekcie Przystępujący całkowicie zaniechał przedłożenia jakichkolwiek dowodów, pomimo że treść wezwania – choć ogólna – wprost o tym obowiązku traktuje.

Za znamienne Izba uznaje słowa Przystępującego, że jest małym przedsiębiorstwem, nie korzysta z profesjonalnej pomocy prawnej i nie złożył obszernych wyjaśnień wraz z dowodami właśnie z tego powodu. Tymczasem Izba stoi na stanowisku, że wyjaśnienia dotyczące rażąco niskiej ceny nie powinny polegać na przytoczeniu treści przepisów, definicji wypracowanej przez orzecznictwo czy doktrynę, orzeczeń Izby czy wreszcie prostych matematycznych porównań do innych ofert lub kwoty przeznaczonej na sfinansowanie zamówienia. Wyjaśnienia te mają charakter merytoryczny i dla osób prowadzących działalność w danym obszarze nie powinno nastręczać trudności ich przygotowanie – wszak przygotowując się do złożenia oferty, dokonawszy lektury dokumentów zamówienia oraz publikowanych wyjaśnień do ich treści, wykonawca poczynił pewien proces myślowy zakładający sposób kalkulacji ceny. Policzył własne koszty miesięczne prowadzenia działalności gospodarczej, takie jak koszty utrzymania sprzętu czy pracowników, ubezpieczenia czy zaplecza biurowego, oszacował czasochłonność niezbędną do realizacji zamówienia i ryzyka z tym związane, aby wreszcie po dodaniu zysku wypracować satysfakcjonującą go cenę. Wyjaśnianie ceny oferty lub ceny

elementów oferty nie jest czynnością dokonywaną ze względów czysto formalnych, ale ma na celu ochronę zamawiającego przed nienależytym wykonaniem zamówienia w przyszłości z powodu niedoszacowania ceny oferty przez wykonawcę.

W tym zakresie nie wydaje się nadmiernym oczekiwanie, aby w składanych wyjaśnieniach ten proces myślowy ujawnić, celem udowodnienia że zaoferowana cena jest ceną przemyślaną i realną. Także w aspekcie dowodowym – w warunkach niniejszego Postępowania, Przystępujący miał obowiązek wykazać szacowane koszty – czyli de facto przedłożyć dokumenty jakimi dysponuje, w postaci listy środków trwałych, polisy, list pracowników czy list płac, ofert najmu sprzętu, kosztów utrzymania biura, oprogramowania itp., czego zaniechał.

Także pozostałe nieprawidłowości podniesione przez Odwołującego częściowo potwierdziły się.

W aspekcie kosztów pracowniczych oraz wynagrodzenia J.W. jako emeryta oraz jego składki, Izba w tym zakresie kierując się doświadczeniem życiowym dała wiarę dowodom przedłożonym przez Odwołującego, że także emeryci prowadzący działalność gospodarczą są zobowiązani płacić składkę zdrowotną, której wysokość zależy od osiąganego dochodu. Znamienne dla Izby była także okoliczność, że w Postępowaniu jako pełnomocnicy uczestniczyli J.G. oraz K.G., których – zgodnie z oświadczeniem – dochody także były wypłacane z zysku, a tym samym także powinny odprowadzać składki i podatki od osiągniętych dochodów. W konsekwencji oferta Przystępującego w tym obszarze jest niedoszacowana, ponieważ nie uwzględnił on tego rodzaju kosztów w jej kalkulacji.

Izba także uznała, że zadeklarowana kwota kosztów administracyjnych w wysokości 30 tys. zł nie jest wystarczająca na utrzymanie biura, abonamentu GPS, ani pracownika administracyjnego. Twierdzenia Przystępującego jawiły się jako utworzone następczo co do zadeklarowanej kwoty – a przecież są to koszty ponoszone niezależnie od otrzymania zamówienia, więc ich wysokość powinna być dla Przystępującego łatwa do oszacowania, udowodnienia, a tym samym częściowego pokrycia w ramach realizowanego zamówienia. Jak wskazał Odwołujący, treść roz. VI OPZ wskazuje na istnienie szeregu obowiązków administracyjnych, takich jak raportowanie, ewidencjonowanie, przygotowywanie harmonogramów czy obsługa reklamacji, co wymaga określonych nakładów czasowych – przez pracownika administracyjnego lub inną osobę skierowaną do realizacji. Izba w konsekwencji rację przyznała Odwołującemu, że niewiarygodnym jest, aby pracownik administracyjny poświęcał jedynie 5% czasu pracy na obsługę zamówienia (czyli 24 minuty dziennie), skoro obecnie Przystępujący obsługuje dwie gminy, a jego zatrudnienie także jest kosztem składającym się na ogólne koszty prowadzenia działalności gospodarczej. Nawet gdyby czynności te realizował J.W. osobiście – jego wynagrodzenie także powinno odpowiadać poniesionym nakładom pracy.

W zakresie wskazanej przez Przystępującego liczby kursów w miesiącu (29), jak i wysokości średniego spalania pojazdu (46 litrów na 100 km), Izba częściowo przyznała rację Odwołującemu. Zarówno Przystępujący, jak i Odwołujący złożyli dowody obrazujące wybrane dni czy miesiące, co dla Izby stanowi potwierdzenie, że liczba kursów i długość trasy w każdym dniu i miesiącu może być różna, zaś przyjęcie uśrednionych liczb, tak jak uczynił to Przystępujący, wymaga także przewidzenia budżetu ryzyka na konieczność poczynienia dodatkowych wyjazdów wynikających ze zwiększonej liczby odpadów, lub też przewidzianych przez Zamawiającego zgodnie z pkt III.5. OPZ. Przystępujący tego nie uczynił, co potwierdza, że jego kalkulacja jest niewystarczająca do prawidłowej realizacji zamówienia.

Z uwagi na uwzględnienie zarzutu nr 1, dotyczącego zaoferowanej liczby pojemników na odpady, Izba stoi także na stanowisku, że Przystępujący nieprawidłowo skalkulował ofertę, pomijając w niej koszt wynajmu (dzierżawy) lub zakupu wymaganych pojemników.

W zakresie z kolei kosztów użytkowania samochodów, Izba wskazuje, że o ile za chybione należy uznać kalkulacje Odwołującego co do wysokości kosztów najmu, leasingu czy kredytu, o tyle Przystępujący – skoro według oświadczenia korzystał z pomocy publicznej przy zakupie i rozliczeniu pojazdów – powinien zgodnie z wezwaniem z dnia 14 listopada 2023 r. o korzystaniu z tych instrumentów poinformować. Podobnie rzecz ma się z amortyzacją – całkowicie przemilczaną przez Przystępującego, mimo skonstruowania tego zarzutu w odwołaniu oraz inicjatywy dowodowej Odwołującego w tym zakresie.

Wszelkie twierdzenia Przystępującego co do skalkulowanego zysku na poziomie 477 tys. zł w kwocie brutto, Izba także uznała za niewiarygodne. Abstrahując od okoliczności, że od kwoty tej należy odliczyć podatek dochodowy oraz VAT, kwota ta stanowi także budżet ryzyka, przewidziany na zakup czy dzierżawę dodatkowych pojemników, koszty dodatkowych kursów, wynagrodzenie J.W., J.G. oraz K.G. czy wreszcie – wynajem dodatkowych pojazdów. Kwota przewidziana przez Przystępującego w konsekwencji jest niewystarczająca, zaś Izba stoi na stanowisku, że budżet ryzyka powinien być skalkulowany osobno od założonego zysku. Za niespójne i niewiarygodne należy uznać wyjaśnienia Przystępującego, że nie płaci on podatku dochodowego z uwagi na ponoszone koszty – podczas gdy jednocześnie własne koszty skalkulował na tak niskim poziomie, przy zaznaczeniu, że wiele ze środków trwałych posiada już rozliczone.

Powyższe prowadzi do wniosku, że Zamawiający naruszył przepisy art. 226 ust. 1 pkt 8 i art. 224 ust. 6 ustawy Pzp, przez zaniechanie odrzucenia oferty Przystępującego ze względu na zaoferowanie rażąco niskiej ceny. Ponieważ

naruszenie to miało wpływ na wynik postępowania, odwołanie - stosownie do art. 554 ust. 1 pkt 1 ustawy Pzp - podlegało uwzględnieniu.

Zarzut nr 3 dotyczył tajemnicy przedsiębiorstwa, chronionej w art. 18 ust. 3 Pzp, zgodnie z którym nie ujawnia się informacji stanowiących tajemnicę przedsiębiorstwa w rozumieniu przepisów ustawy z dnia 16 kwietnia 1993 r. o zwalczaniu nieuczciwej konkurencji (Dz.U. z 2022 r. poz. 1233), jeżeli wykonawca, wraz z przekazaniem takich informacji, zastrzegł, że nie mogą być one udostępniane oraz wykazał, że zastrzeżone informacje stanowią tajemnicę przedsiębiorstwa. Z kolei zgodnie z art. 11 ust. 2 ww. ustawy, 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. Oznacza to, że w ramach postępowania o udzielenie zamówienia publicznego wykonawca może skutecznie zastrzec informacje stanowiące tajemnicę przedsiębiorstwa, o ile wykaże, że rzeczywiście są to informacje wymagające ochrony.

Zgodnie z przywołanym wyżej przepisem art. 18 ust. 3 Pzp, to nie rodzaj informacji decyduje o konieczności zachowania jej w poufności, a skuteczne wykazanie, że informacja ta stanowi tajemnicę przedsiębiorstwa. Z tego wynika, że brak, polegający na niewykazaniu przesłanek tajemnicy przedsiębiorstwa, powoduje, iż informacja, która faktycznie może stanowić tajemnicę przedsiębiorstwa, musi być przez zamawiającego ujawniona.

Taka sytuacja zaistniała w przedmiotowym Postępowaniu – Przystępujący nie wykazał bowiem skutecznie, że chroni informacje zawarte w trzech dokumentach dołączonych do wyjaśnień, jak również że posiadają one wartość gospodarczą. Ograniczył się wyłącznie do ogólnego przytoczenia przepisów dotyczących tajemnicy przedsiębiorstwa, nie wskazując na konkretne okoliczności przesądzające o konieczności ich ochrony. Izba oświadczenia Przystępującego, jakoby informacja o wynajmujących oraz stanach magazynowych miałyby negatywnie rzutować na konkurencyjność jego oferty za gołosłowne i nierealne. W ocenie Izby nie zasługuje na ochronę na gruncie przepisów Pzp objęcie tajemnicą informacji w ofercie składanej w postępowaniu o udzielenie zamówienia publicznego wówczas, gdy jedynym celem (interesem), prowadzącym do uzyskania zamówienia, jest uniemożliwienie innym wykonawcom, którzy złożyli oferty konkurencyjne, zapoznanie się z jego ofertą. Uczestnictwo w postępowaniach o udzielenie zamówienia publicznego wiąże się z koniecznością świadomości, że postępowania mają co do zasady charakter jawny (art. 18 ust. 1 Pzp), a tym samym że pewien poziom informacji o jego przedsiębiorstwie także będzie znany i podmiotom konkurencyjnym.

W tym aspekcie zatem Zamawiający dopuścił się naruszenia art. 18 ust. 3 Pzp. Izba nie nakazała odtajnienia dokumentów, tak jak żądał tego Odwołujący, z uwagi na okoliczność, że wezwanie z dnia 5 stycznia 2024 r. jak również wyjaśnienia złożone w odpowiedzi na to wezwanie zostały pominięte, a tym samym orzekanie co do jawności było niezasadne.

Końcowo Izba wskazuje, że pominęła wszelką inicjatywę dowodową Odwołującego, jak i Przystępującego dotyczące zamówienia tzw. „pomostowego”, zawiadomienia Odwołującego z dnia 9 lutego 2024 r. do Wojewódzkiego Inspektora Ochrony Środowiska, jak również notatek służbowych Zamawiającego dotyczące rozmów pomiędzy Odwołującym czy Przystępującym a Zamawiającym. Izba wskazuje, że okoliczności, jakie dowody te mają wykazywać są z punktu widzenia rozstrzygnięcia przedmiotowego odwołania indyferentne, a tym samym nie stanowią obszaru, jaki winien być objęty postępowaniem dowodowym.

Z powyższych powodów Izba uznała, że stwierdzone naruszenia miały wpływ na wynik Postępowania, a odwołanie podlegało uwzględnieniu w całości.

O kosztach postępowania stosownie do wyniku sprawy orzeczono na podstawie art. 575 Pzp oraz § 7 ust. 1 pkt 2 rozporządzenia Prezesa Rady Ministrów z dnia 30 grudnia 2020 r. w sprawie szczegółowych rodzajów kosztów postępowania odwoławczego, ich rozliczania oraz wysokości i sposobu pobierania wpisu od odwołania (Dz. U. 2020 r. poz. 2437), zgodnie z którym koszty ponosi uczestnik postępowania odwoławczego wnoszący sprzeciw wobec uwzględnienia zarzutów w całości, który przystąpił po stronie zamawiającego.

Mając powyższe na uwadze, orzeczono jak w sentencji.

Przewodnicząca:.....