Sygn. akt: KIO 3663/23

WYROK
z dnia 20 grudnia 2023 roku

Krajowa Izba Odwoławcza - w składzie:

Przewodniczący:Justyna Tomkowska
Protokolant: Patryk Pazura

po rozpoznaniu na rozprawie w dniu **20 grudnia 2023 roku w Warszawie** odwołania wniesionego do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej w dniu **4 grudnia 2023 roku** przez wykonawcę **ETNA E.G. Spółka z ograniczoną odpowiedzialnością z siedzibą w Knurowie** (Odwołujący)
w postępowaniu prowadzonym przez Zamawiającego – **Gminę Knurów z siedzibą w Knurowie**
przy udziale wykonawcy **P. Z. prowadzącej działalność gospodarczą pod firmą „PATI" P. Z. z siedzibą w Rudzie Śląskiej** (Przystępujący), zgłaszającego przystąpienie do postępowania odwoławczego **po stronie Zamawiającego**

orzeka:

Oddala odwołanie;
kosztami postępowania obciąża **Odwołującego** – **ETNA E.G. Spółka z ograniczoną odpowiedzialnością z siedzibą w Knurowie,** w następujący sposób**:**
a)zalicza w poczet kosztów postępowania kwotę **7 500 zł 00 gr** (słownie: siedmiu tysięcy pięciuset złotych zero groszy) uiszczoną przez Odwołującego - **ETNA E.G. Spółka z ograniczoną odpowiedzialnością z siedzibą w Knurowie** tytułem wpisu od odwołania,
b)zasądza od Odwołującego - **ETNA E.G. Spółka z ograniczoną odpowiedzialnością z siedzibą w Knurowie**na rzecz Zamawiającego – **Gminy Knurów z siedzibą w Knurowie** kwotę 736 zł 00 gr (słownie: siedmiuset trzydziestu sześciu złotych 00/100 groszy) stanowiącą uzasadnione koszty Strony poniesione tytułem kosztów dojazdu.
Stosownie do art. 579 i 580 ustawy z dnia 11 września 2019 r. - Prawo zamówień publicznych (tekst jednolity Dz.U.2023 r., poz. 1605 ze zmianami) 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 3663/23

UZASADNIENIE

Zamawiający: Gmina Knurów z siedzibą w Knurowię prowadzi postępowanie o udzielenie zamówienia publicznego na Obsługę Targowiska Miejskiego przy ul. Targowej 2 oraz miejsc handlu zamówienia: okrężnego na terenie miasta Knurowa. Nr ogłoszenia o zamówieniu
w BZP to 2023/BZP 00461369/01.

Dnia 4 grudnia 2023 r. do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej w Warszawie, na podstawie art. 513 pkt 1 oraz pkt 2 w zw. z art. 515 ust. 1 pkt 2 lit. a ustawy z 11 września 2019 r. – Prawo zamówień publicznych (Dz. U. z 2023 r. poz. 1605 – dalej jako „PZP"), odwołanie złożył wykonawca ETNA E.G. Spółka z ograniczoną odpowiedzialnością
z siedzibą w Knurowie (dalej jako „Odwołujący").

Odwołanie złożono od czynności Zamawiającego w postaci wyboru oferty wykonawcy P. Z. prowadzącej działalność gospodarczą pod firmą „PATI" P. Z.
z siedzibą w Rudzie Śląskiej.

Informacja została przekazana za pośrednictwem Platformy e-Zamówienia (ezamówienia.gov.pl), w dniu 29 listopada 2023 r., zatem termin na wniesienie odwołania został zachowany. Kopia odwołania została prawidłowo przekazana Zamawiającemu
a Odwołujący uiścił wpis w wymaganej wysokości na rachunek UZP.

W ocenie Odwołującego Zamawiający dokonał niezgodnych z przepisami PZP czynności i zaniechał czynności w postępowaniu, do których był zobowiązany na podstawie PZP, polegających na:
1)wyborze oferty wykonawcy P. Z. prowadzącej działalność gospodarczą pod firmą „PATI" P. Z., zawierającej rażąco niską cenę, której złożenie stanowi czyn nieuczciwej konkurencji;
2)zaniechaniu odrzucenie oferty wykonawcy P. Z. prowadzącej działalność gospodarczą pod firmą „PATI" P. Z., którego oferta:
a.zawiera rażąco niską cenę;
b.stanowiła czyn nieuczciwej konkurencji w rozumieniu ustawy z dnia 16 kwietnia 1993 r. o zwalczaniu nieuczciwej konkurencji (Dz. U. z 2022 r. poz. 1233 – dalej jako „UZNK"),
w szczególności wskutek utrudniania innym przedsiębiorcom dostępu do rynku;
3)zaniechanie uzyskania rzetelnych i wyczerpujących wyjaśnień od P. Z. prowadzącej działalność gospodarczą pod firmą „PATI" P. Z., zgodnie z art. 223 ust. 1 i art. 224 ust. 1 i 5 PZP, które wskazywałby kompleksowo i spójnie obiektywne czynniki mające wpływ na ukształtowaną cenę – przekazane przez P. Z. prowadzącą działalność gospodarczą pod firmą „PATI" P. Z. informacje nie uzasadniają
w sposób precyzyjny podstawy i okoliczności ustalenia ceny ofertowej;
4)uwzględnieniu wyjaśnień P. Z. prowadzącej działalność gospodarczą pod firmą „PATI" P. Z. w przedmiocie rażąco niskiej ceny, pomimo faktu, iż informacje tam wskazane nie uzasadniały w sposób precyzyjny podstawy i okoliczności ustalenia ceny ofertowej.

Zdaniem Odwołującego doszło do naruszenia następujących przepisów PZP:
1)art. 16 pkt 1 PZP poprzez przeprowadzenie postępowania w sposób niezapewniający zachowania uczciwej konkurencji, w szczególności wskutek wyboru wykonawcy, który zaoferował cenę rażąco niską;
2)art. 17 ust. 2 PZP poprzez dokonanie wyboru wykonawcy niezgodnie z przepisami PZP, w szczególności wskutek zaniechania uzyskania od wykonawcy rzetelnych
i kompleksowych wyjaśnień w sprawie zaoferowanej ceny realizacji usługi, a tym samym oparcie decyzji ws. wyboru

oferty na danych (wyjaśnieniach), które nie pozwalają
w obiektywny sposób ocenić zasadności i rynkowości zaoferowanej ceny;
3)art. 223 ust. 1 PZP poprzez zaniechanie uzyskania od wykonawcy rzetelnych
i kompleksowych wyjaśnień w sprawie złożonej oferty;
4)art. 226 ust. 1 pkt 3 PZP poprzez wybór oferty, która jest niezgodna z PZP,
a w szczególności zawiera cenę rażąco niską;
5)art. 226 ust. 1 pkt 7 PZP poprzez zaniechanie odrzucenia oferty, której złożenie stanowi czyn nieuczciwej konkurencji, w szczególności poprzez utrudnianie innym przedsiębiorcom dostępu do rynku;
6)art. 226 ust. 1 pkt 8 PZP poprzez zaniechanie odrzucenia oferty, która zawiera cenę rażąco niską w stosunku do przedmiotu zamówienia;
7)art. 224 ust. 1 PZP poprzez zaniechanie ustalenia, czy oferta zawiera rażąco niską cenę;
8)art. 224 ust. 5 PZP poprzez uwzględnienie ogólnych (nieprecyzyjnych) wyjaśnień
i tym samym nieuwzględnienie obiektywnych czynników, które mają wpływ na wysokość zaproponowanej ceny.

Odwołujący wnosił o:
1)uwzględnienie odwołania w całości;
2)nakazania Zamawiającemu unieważnienia decyzji o wyborze najkorzystniejszej oferty;
3)nakazanie Zamawiającemu powtórzenie czynności badania i oceny oferty oraz wyboru najkorzystniejszej oferty;
4)nakazanie Zamawiającemu odrzucenie, na podstawie art. 226 ust. 1 pkt 7 oraz pkt 8 PZP, oferty P. Z. prowadzącej działalność gospodarczą pod firmą „PATI" P. Z. i wykluczenie tego wykonawcy z postępowania.

Odwołujący wnosił o dopuszczenie i przeprowadzenie następujących dowodów:
1. z dokumentów w postaci:
a.faktur VAT wystawionych przez Tauron Sprzedaż GZE Sp. z o.o. w związku ze sprzedażą oraz dystrybucją energii elektrycznej do punktów poboru znajdujących się na terenie Targowiska Miejskiego w Knurowie za okres 2022 r. oraz 2023 r.; faktur VAT wystawionych przez Przedsiębiorstwo Wodociągów i Kanalizacji Sp. z o.o. z siedzibą
w Knurowie w związku z świadczeniem usług zbiorowego zaopatrywania w wodę oraz zbiorowego odprowadzania ścieków komunalnych oraz okres 2023 r.; faktur VAT wystawionych przez PRE ZERO Recycling Południe Sp. z o.o. w związku z świadczeniem usług wywozu odpadów za okres 2023 r.; faktury VAT wystawione przez ANG Ochrona
Sp. z o.o. za świadczenie usług monitoringu – celem wykazania faktów: (1) oferta P. Z. prowadząca działalność gospodarczą pod firmą „PATI" P. Z. zawiera rażąco niską cenę; (2) złożenie oferty przez P. Z. prowadzącą działalność gospodarczą pod firmą „PATI" P. Z. stanowi czyn nieuczciwej konkurencji;
(3) ziszczenia się przesłanek odrzucenie oferty P. Z. prowadzącej działalność gospodarczą pod firmą „PATI" P. Z., o których mowa w art. 226 ust. 1 pkt 7 oraz pkt 8 PZP;
b.dokumentacji przetargowej zamówienia o udzielenie zamówienia publicznego prowadzonego przez Gminę Knurów pn. „Obsługa Targowiska Miejskiego przy ul. Targowej 2 oraz miejsc handlu okrężnego na terenie miasta Knurowa", dotyczącej usługi realizowanej w 2023 r., w szczególności Informacji o wyborze oferty z dnia 23 grudnia 2022 r.– celem wykazania faktów: (1) wartości oferty P. Z. prowadząca działalność gospodarczą pod firmą „PATI" P. Z. złożonej w ramach postępowania o udzielenie zamówienia publicznego w 2022 r.; (2) oferta P. Z. prowadząca działalność gospodarczą pod firmą „PATI" P. Z. zawiera rażąco niską cenę; (3) złożenie oferty przez P. Z. prowadząc działalność gospodarczą pod firmą „PATI" P. Z. stanowi czyn nieuczciwej konkurencji; (4) ziszczenia się przesłanek odrzucenie oferty P. Z. prowadzącej działalność gospodarczą pod firmą „PATI" P. Z., o których mowa
w art. 226 ust. 1 pkt 7 oraz pkt 8 PZP;
2. z opinii biegłego sądowego o specjalności wyceny/kosztorysowania usług – celem wykazania faktów: (1) oferta P. Z. prowadząca działalność gospodarczą pod firmą „PATI" P. Z. zawiera rażąco niską cenę; (2) złożenie oferty przez P. Z. prowadząc działalność gospodarczą pod firmą „PATI" P. Z. stanowi czyn nieuczciwej konkurencji; (3) ziszczenia się przesłanek odrzucenie oferty P. Z. prowadzącej działalność gospodarczą pod firmą „PATI" P. Z., o których mowa
w art. 226 ust. 1 pkt 7 oraz pkt 8 PZP.

Odwołujący podkreślił, że jest przedsiębiorcą prowadzącym działalność gospodarczą w zakresie administracją targowiskami miejskimi. Odwołujący złożył jedną z ofert. Niezgodne z przepisami PZP działania oraz zaniechania Zamawiającego narażają Odwołującego na szkodę w postaci utraty wynagrodzenia, tj. zysku z tytułu uzyskania i realizacji zamówienia będącego przedmiotem postępowania.

W uzasadnieniu zarzutów odwołania podano, że oferta wybranego Wykonawcy opiewała na kwotę 181.548,00 zł (słownie: sto osiemdziesiąt jeden tysięcy pięćset czterdzieści osiem złotych 00/100) i była ofertą najniższą ze wszystkich ofert złożonych
w ramach postępowania. Z kolei ofertą Odwołującego opiewała na kwotę 428.040,00 zł (słownie: czterysta dwadzieścia osiem tysięcy czterdzieści złotych 00/00).

Zamawiający poinformował, iż na realizację zamówienia przeznaczył kwotę 565.504,75 zł (słownie: pięćset sześćdziesiąt pięć tysięcy pięćset cztery złote 75/100).

Zaproponowana przez P. Z. cena była niższa o ponad 30% w stosunku do średniej arytmetycznej wszystkich ofert złożonych w ramach postępowania (stanowiła jedynie 59,5% wartości średniej arytmetycznej wszystkich ofert złożonych w ramach postępowania, która wynosiła 304.794,00 zł) oraz kwoty przeznaczonej na realizację zamówienia przez Zamawiającego (stanowiła jedynie 37,8% wartości kwoty przeznaczonej na realizację zamówienia).

Z uwagi na dużą dysproporcję (ponad 30%) pomiędzy wartością oferty P. Z. a wartością kwoty przeznaczonej przez Zamawiającego na realizację zamówienia, a także średnią arytmetyczną złożonych w ramach postępowania ofert, Zamawiający zwrócił się do P. Z. z wezwaniem w trybie art. 224 ust. 1 PZP do złożenia wyjaśnień w zakresie wartości złożonej oferty.

W odpowiedzi P. Z., pismem z dnia 13 listopada 2023 r., udzieliła wysoce nierzetelnych i ogólnikowych wyjaśnień, powołując się w nich na nierzetelne oraz nieprzystające do skali realizowanej usługi dane finansowe oraz organizacyjne. Przede wszystkim, P. Z. nie przedstawiła żadnych wyliczeń, które globalnie określałyby koszty realizacji usługi obsługi Targowiska Miejskiego w Knurowie. Odwołujący dokonał analizy złożonych wyjaśnień. Dane opierają się także na danych pozyskanych przez Odwołującego w związku z realizacją tożsamej usługi obsługi Targowiska Miejskiego
w Knurowie, będącej przedmiotem postepowania, w 2023 r.
1. KOSZTY PRACOWNICZE

Zgodnie z treścią wyjaśnień, Wykonawca:
1.ma zaufanych pracowników, którzy pracowali z nią na targowisku w Gliwicach, których forma zatrudnienia to umowa zlecenia;

2.w okresie letnim nie będzie potrzebować tylu pracowników, co w okresie zimowym;
3.opłaty targowe będzie pobierać osobiście;
4.do utrzymania czystości będą zatrudnione osoby po 3 godziny dziennie;
5.jedna osoba będzie dodatkowo zatrudniona na soboty oraz okres zimowy;
6.do konserwacji i napraw również będzie zatrudniona osoba;
7.gdyby zachorowała, to dysponuje dwoma kompetentnymi osobami, które wcześniej z nią pracowały i w razie potrzeby ją zastąpią;
8.w kalkulacji uwzględniła możliwość skorzystania z niższych składek ZUS, które w przyszłym roku będą wynosić ok. 800 zł.

Powyższe informacje zostały uzupełnione wiadomościami elektroniczne wysłanym za pośrednictwem poczty elektronicznej przez biuro księgowe, zawierające tabele ze stawkami miesięcznego wynagrodzenia pracownika, pracującego w wymiarze 3 godziny dziennie oraz pracownika pracującego w wymiarze 4 godziny w każdą sobotę.

Zdaniem Odwołującego przedstawione informacje pozostają jednak w sprzeczności z realiami realizacji usługi obsługi Targowiska Miejskiego w Knurowie oraz miejsc handlu okrężnego na terenie miasta Knurów. Zaprezentowane informacje sugerują, że oferent wraz z jednym pracownikiem, pracującym w wymiarze 3 godzin dziennie będzie realizował całość usługi w zakresie obsługi targowiska w dni powszednie oraz oferent wraz z dwoma pracownikami, pracującymi kolejno 3 godzin oraz 4 godziny dziennie w soboty.

Targowisko Miejskie w Knurowie, zgodnie z treścią Uchwały nr LIII/671/2022 Rady Miasta Knurów z dnia 20 kwietnia 2022 r. w sprawie uchwalenia regulaminu Targowiska Miejskiego wraz zasadami określającymi prowadzenie handlu w piątki i soboty przez rolników i ich domowników, zlokalizowanego w Knurowie przy ul. Targowej, czynne jest w każdy dzień powszedni od godziny 6:00 do godziny 17:00 oraz w soboty od godziny 6:00 do godziny 15:00. Usługa nie jest realizowana jedynie tych zakresach, określających jedynie czas, w którym dostęp do targowiska mają klienci wystawców, gdyż w ramach obsługi targowiska konieczne również umożliwienie wystawcom wcześniejszego rozłożenia stoika oraz – po zakończeniu dnia targowego – złożenia stoisk oraz posprzątania terenu targowiska. Tym samym od strony obsługi potrzebne jest doliczenie dodatkowych godzin pracy koniecznych do zrealizowania ww. obowiązków – kolejno w dni powszednie dzień pracy wynosi ok. 13 godzin, a w soboty 10 godzin (w zakresie samej obsługi targowiska). Już tylko wyżej przedstawione dane potwierdzają, iż przedstawiona przez P. Z. ilość pracowników oraz godzin ich pracy jest niewystarczająca do zapewnienia świadczenia usług przez cały okres dnia targowego.

Nie jest możliwym realizacja wszelkich czynności koniecznych do obsługi Targowiska z wykorzystaniem jedynie dwóch lub maksymalnie trzech osób. Z tychże względów, przedstawione przez P. Z. stawki wynagrodzenia pracowników nie stanowią adekwatnego kosztu pracowników, które zobowiązany jest ponosić podmiot obsługujący targowisko miejskie. Aktualnie, celem obsługi Targowiska Miejskiego w Knurowie oraz innych miejsc handlu okrężnego na terenie Miasta Knurów zatrudnienie prezentuje się następująco:
1.4 osoby na stanowisku „Stróż/Portier" pracujące w systemie zmianowym:
a.zmiany: 5:30 – 13:30; 13:30 – 21:30 oraz 21:30 – 5:30;
b.Średnia liczba przepracowanych dni każdego pracownika wynosi od 21 – 23 dni pracy;
c.średnie miesięczne wynagrodzenie 4 stróży w 2023 r. wyniosło 7.000,00 zł; do kwoty należy również doliczyć należności z tytułu ubezpieczenia społecznego;
2.1 osoba na stanowisku „obsługa parkingu" (pobór opłat):
a.Praca osoby w godzinach 6:00 – 14:00
b.Średnia wysokość wynagrodzenie za dzień pracy wynosi ok. 221,6 zł; średnie miesięczne wynagrodzenie na tym stanowisku, w zależności od ilości sobót w danym miesiącu, wynosi od 885,4 zł do 1108 zł miesięcznie;
3.1 osoba na stanowisku „sprzątaczka":
a.Średnio miesięczny wymiar godzin pracy wynosi 80 godzin;
b.Średnia wysokość miesięcznego wynagrodzenia wynosi ok. 1.300,00 zł netto.
Mając na uwadze powyższe należy stwierdzić, iż koszty pracownicze miesięcznie przekraczają kwotę 12.000,00 zł, a tym samym rocznie wynoszą ok. 144.000 zł, w tym koszty opłat publicznoprawnych, co wprost wskazuje, że wartości przyjęte przez Wykonawcę nie oddają realiów w zakresie kosztów pracowniczych.

Dodatkowo, w kontekście ilości pracowników zaangażowanych w realizację przedmiotu zamówienia, wskazać należy, że zgodnie z treścią SWZ wykonawca wybrany w ramach postępowania jest również zobowiązany do wykonywania obsługi Targowiska Miejskiego w Szczygłowicach (dzielnica miasta Knurów, oddalona od Targowiska Miejskiego w Knurowie o ok. 6 km), która wymaga co prawda mniejszego zaangażowania osobowego, niemniej w przypadku zaangażowania jednej osoby na 3 godziny dziennie do realizacji całości obsługi, jak zostało to wskazane w wyjaśnieniach, nie jest możliwe zapewnienie należytej obsługi obu punktów.

Reasumując, przyjęte wartości kosztów pracowniczych, a także ilość pracowników nie dają gwarancji, że usługa obsługi Targowiska Miejskiego w Knurowie wraz dodatkowymi miejscami handlu okrężnego na terenie miasta Knurów będzie realizowana w sposób należyty. Przedstawione koszty pracownicze są kosztami niewiarygodnymi w porównaniu do cen rynkowych. Ponadto, zaproponowana ilość pracowników mających zostać zaangażowanych do realizacji usługi świadczy o zupełnym braku zrozumienia charakteru usługi oraz ilości pracy (roboczogodzin pracowniczych) koniecznych do należytego wykonywania usługi.

2. KOSZTY ENERGII ELEKTRYCZNEJ

W wyjaśnieniach Wykonawca wskazał, iż koszty zakupu oraz dystrybucji energii elektrycznej oscylują w granicach ok. 1040,00 zł miesięcznie. Powyższe twierdzenie oparto o fakturę VAT nr E/K2/0033745/20 z dnia 3 stycznia 2021 r. wystawioną przez Tauron Sprzedaż GZE Sp. z o.o. z siedzibą w Gliwicach, która dotyczyła okresu rozliczeniowego XII 2020 r. Już w tym kontekście należałoby wskazać, iż aktualnie obowiązujące ceny energii elektrycznej diametralnie różnią się od tych panujących w 2020 r.

Przedstawiona do pisma faktura VAT nie dotyczy poboru energii elektrycznej z targowiska porównywalnego Targowiska Miejskiego w Knurowie, lecz Targowiska w Gliwicach, które funkcjonuje jedynie dwa dni w tygodniu oraz jest targowiskiem dwukrotnie mniejszym w kontekście jego powierzchni oraz ilości wystawców. Fakt, iż nie sposób porównać powyższych obiektów prezentują faktura VAT nr E/K2/0031534/21 z dnia 17 stycznia 2022 r. oraz faktura VAT nr E/K2/0000469/23 z dnia 22 stycznia 2023 r. za sprzedaż oraz dystrybucję energii elektrycznej do punktu poboru, do którego przyłączona jest instalacja elektryczna Targowiska Miejskiego w Knurowie, w okresie grudnia 2021 r. oraz 2022 r. Z faktur VAT wynika, iż zużycie energii elektrycznej w przedmiotowych okresach jest ponad dwukrotnie wyższe niż zużycie na Targowisku Miejskim w Gliwicach (TM w

Knurowie – XII 2021 r.: 4364 kWh; XII 2022 r.: 3290 kWh; TM w Gliwicach – XII 2020 r.: 1452 kWh). Przedstawione przez P. Z. dokumenty, mające potwierdzać brak występowania rażąco niskiej ceny poprzez przedstawienie niższych kosztów realizacji usługi obsługi Targowiska Miejskiego w Knurowie w zakresie kosztów energii elektrycznej, w żadnym zakresie tych kosztów nie potwierdzają, gdyż dotyczą innego obiektu, który różni się powierzchnią oraz ilość miejsc wystawienniczych od obiekty, którego obsługi dotyczy postępowanie.

Średni miesięczny koszt sprzedaży i dystrybucji energii w 2022 r. wyniósł 4.073,13 zł (łącznie 48.877,61 zł rocznie), a w 2023 r. 3.538,17 zł (łącznie 35.381,70 zł rocznie, na dzień sporządzenia odwołania Odwołujący nie dysponuje wiedzą w zakresie dwóch ostatnich okresów rozliczeniowych, tj. XI oraz XII 2023 r., z uwagi na fakt, iż nie zostały one jeszcze dostarczone do Spółki). Tym samym po raz kolejny przedstawione wyjaśnienia nie potwierdzają, iż złożona oferta nie zawiera rażąco niskiej ceny, wręcz przeciwnie – przedstawione dokumenty, mające potwierdzać wysokość kosztów w zakresie energii elektrycznej zaniżają ten koszt od 100% – 150%, mając jednocześnie na uwadze, że wystawcy realnie rzecz biorąc pokrywają 1/3 wartości poszczególnych faktur, a nie jak wskazuje oferentka w zakresie 60% wartości.

3. KOSZTY ZAGOSPODAROWANIA ODPADÓW

W zakresie kosztów zagospodarowania odpadów powstających na Targowisku Miejskim w Knurowie Wykonawca ograniczył się do wskazania procentowej struktury wytwarzanych odpadów na Targowisku (w żadnym zakresie nie odpowiadającej rzeczywistości). Przewarzającymi odpadami powstającymi na terenie Targowiska są odpady BIO, odpady zmieszane oraz odpady plastikowe; odpady papierowe, w tym makulatura oraz karton nie stanowią odpadu o największym wolumenie, gdyż z racji na charakter prowadzonej przez wystawców czynności zazwyczaj wykorzystywane przez wystawców kartony nie mogą zostać odebrane jako makulatura, lecz jako odpady zmieszane z uwagi na powstałe zabrudzenia, etc. Przedstawienia oferty bliżej nieokreślonej firmy, „która zajmuje się odpadami w Knurowie" na wywóz odpadów z kontenera 1100 l oraz dwie faktury VAT za realizację usług wywozu odpadów przez REMONDIS Gliwice Sp. z o.o. wystawionej w dniu 28 lutego 2021 r., na łączną kwotę 646,57 zł brutto. Przedstawione faktury VAT dotyczą usługi realizowanej niemalże dwa lata temu, wskazać należy, że – jak należy się domyśleć – oferentka sugeruje, że wysokość kosztów zagospodarowania odpadów wyniesienie w ujęciu rocznym ok. 7.758,84 zł.

Zgodnie z dokumentami finansowymi, obrazującymi ponoszone koszty przez obecnie zarządzającego Targowiskiem, przedstawione przez Wykonawcę koszty zagospodarowania odpadów są niemalże trzykrotnie niższe niż faktyczny koszt zagospodarowania odpadów wytworzonych na terenie Targowiska Miejskiego w Knurowie w roku 2023 r. – koszty ten
w ujęciu rocznym wyniósł 23.938,20 zł.

Koszty przedstawione nie obrazują faktycznych kosztów, które będzie obowiązany ponieść Wykonawca, co nie daje gwarancji należytego wykonania zamówienia będącego przedmiotem postępowania.

4. POZOSTAŁE KOSZTY NIEUJĘTE W „KALKULACJI" OFERENTKI

W wyjaśnieniach, Wykonawca zupełnie pominął koszty oraz wartości, których poniesienie warunkują treść SWZ oraz zasady prowadzenia działalność gospodarczej.

Na przedmiotowe koszty składają się przede wszystkim:

1.Koszty wynagrodzenia członków organów, jeżeli wykonawcą składającym ofertę jest nie jest osoba fizyczna prowadząca działalność gospodarczą lub koszt wynagrodzenia osoby fizycznej prowadzącej działalność gospodarczą lub zysk (10 – 15% wartości wynagrodzenia ofertowego);

2.Koszty obsługi księgowo-kadrowej;

3.Koszty monitoringu wizyjnego celem zapewnienia ochrony obiektów obsługiwanych
w ramach realizacji zamówienia będącego przedmiotem postępowania;

4.Koszty usług zbiorowego zaopatrywania w wodę oraz zbiorowego odprowadzania ścieków komunalnych;

5.Koszty usług dostarczania ciepła w okresie grzewczym;

6.Rezerwa na poczet kosztów dodatkowych, nie do przewidzenia na etapie ofertowania (5% wartości wynagrodzenia ofertowego);

7.Rezerwa na ewentualne kary umowne nałożone przez Zamawiającego na podstawie przyszłej umowy.

Co do zasady oferta złożona przez P. Z. w sposób istotny odbiega od oferty tej samej oferentki złożonej w postępowaniu o udzielenie zamówienia na tożsamy zakres w uprzednim roku, tj. na rok 2022. W ramach ówczesnego postępowania, który
w całości pokrywał się z zakresem zamówienia będącym przedmiotem postępowania, P. Z. złożyła ofertę opiewającą na kwotę 457.560,00 zł, tj. na kwotę o ponad 250% wyższą niż rok później. Powyższy fakt potwierdza, iż działanie P. Z. ma na celu ograniczenie dostępu do rynku innym podmiot na nim działającym poprzez intencjonalne zaniżanie faktycznego kosztu wykonania usługi, a tym samym stwierdzić należy, że oferta P. Z. złożona w ramach postępowania zawiera rażąco niską cenę.

Przepisy PZP określą wprost, jaką cenę należy uznać za rażąco niską bądź gdy chodzi o naruszenie zasad uczciwej konkurencji. Ustawa wskazuje jednak, okoliczności których wystąpienie stanowi podstawę stwierdzenia wysokiego prawdopodobieństwa wystąpienia, tj. sytuację, gdy cena całkowita oferty jest niższa o co najmniej 30% od wartości zamówienia powiększonej o należny podatek od towarów i usług, ustalonej przed wszczęciem postępowania lub średniej arytmetycznej cen wszystkich złożonych ofert (niepodlegających odrzuceniu).

Za rażąco niską powinna być uznana cena oferty odbiegająca swoją wartością
in minus od rynkowej wartości przedmiotu zamówienia, a wykonawca w ramach swoich wyjaśnień nie wykazał, że różnica ta jest uzasadniona, tj., że będzie mógł należycie wykonać zamówienie bez strat i finansowania go z innych źródeł niż wynagrodzenie umowne
(zob. m.in. wyr. KIO z 19.1.2017 r., KIO 22/17, Legalis). Jednocześnie, co istotne
w kontekście nierzetelnych oraz ogólnikowych wyjaśnień Wykonawcy, które dają podstawy do przyjęcia, iż P. Z. nie posiada jakiejkolwiek wiedzy w zakresie realizacji zamówienia będącej przedmiotem postępowania, przyjąć należy, że cena rażąco niska to taka, która jest nierealistyczna i niewiarygodna w porównaniu do cen panujących na rynku (zob. wyr. Sąd Okręgowy w Katowicach z dnia 28 kwietnia 2008 r., sygn. akt XIX Ga 128/08).

W przypadku ceny zaoferowanej przez P. Z. usługa musiałaby być świadczona poniżej rentowności. Zgodnie z orzecznictwem Krajowej Izby Odwoławczej, za ofertę z rażąco niską ceną należy uznać ofertę, której cena jest nierealistyczna, nieadekwatna do zakresu i kosztów prac składających się na dany przedmiot zamówienia, zakładająca wykonanie zamówienia poniżej jego rzeczywistych kosztów i w takim sensie nie jest ceną rynkową, tzn. generalnie niewystępującą na rynku, na którym ceny wyznaczane są m.in. poprzez ogólną sytuację gospodarczą panującą w danej branży i jej otoczeniu biznesowym, postęp technologiczno-organizacyjny oraz obecność i funkcjonowanie uczciwej

konkurencji podmiotów racjonalnie na nim działających (wyr. KIO z 7.12.2016 r., KIO 2115/16, KIO 216/16, Legalis). Wskazane w odwołaniu okoliczności potwierdzają, że cena zaproponowana przez P. Z. jest ceną poniżej kosztów realizacji usługi i będzie realizowana ze stratą lub na granicy straty, co w kontekście formy prowadzenia działalności gospodarczej przez P. Z. jest nie do zaakceptowania.

Co prawda, Zamawiający zwrócił się o wyjaśnienia w przedmiocie ceny wskazanej
w ofercie P. Z., jednakże udzielone przez oferentkę wyjaśnienia są bardzo lakoniczne i nie wykazują zasadności i rynkowości zaoferowanej ceny i w związku z tym nie można ich uznać za wyjaśnienia merytoryczne. W tym kontekście wskazać należy, że udzielenie samej odpowiedzi przez Wykonawcę, nie oznacza, że:
a)wykonawca spełnił swój obowiązek polegający na udzieleniu wyjaśnień;
b)jego wyjaśnienia potwierdziły rynkowość zaoferowanej usługi, a tym samym rozwiały wszelkie wątpliwości Zamawiającego.

Przedłożone w ramach wyjaśnień dowody nie mogą zostać uznane za dowody potwierdzające możliwość wykonania usługi za wynagrodzeniem określonym w ofercie, gdy w przewarzającej części nie dotyczą kosztów koniecznych do poniesienia w ramach realizacji zamówienia będącego przedmiotem postępowania. Dodatkowo, w ocenie Odwołującego, przedstawione w wyjaśnieniach dowody mogą stanowić podstawę do stwierdzenia, iż oszczędności, które rzekomo udało się uzyskać oferentce powodować będą nienależyte wykonanie lub – w przyszłości – zaprzestanie wykonywania przedmiotu zamówienia.

Zamawiający nie może bezkrytycznie przyjmować i akceptować wszystkich wypowiedzi Wykonawcy. Wątpliwości Zamawiającego w zakresie sposobu wyjaśnienia ceny wskazanej w ofercie powinny potęgować wartości, które stanowiły podstawę ustalenia kwoty przeznaczonej na realizację zamówienia, które zostały wskazane w SWZ. PZP wymaga od Zamawiającego, aby podjął się on rzeczywistego wyjaśnienia, czy zaoferowana cena nie jest ceną rażąco niską – w ocenie Odwołującego, w świetle treści wyjaśnień, Zamawiający zaniechał tej czynności.

Po stronie Zamawiającego zaistniał również obowiązek odrzucenia oferty P. Z. na podstawie art. 226 ust. 1 pkt 3 PZP – ze względu na nieudzielenie wyjaśnień na temat zaoferowanej ceny, uwzględniających obiektywne czynniki, o których mowa art. 224 ust. 1 PZP. Ponadto, zaszły przesłanki przyjęcia, iż oferta P. Z. zawiera rażąco niską cenę, a tym samym po stronie Zamawiającego powstał obowiązek odrzucenie oferty na podstawie art. 226 ust. 1 pkt 7 oraz 8 PZP.

Po przeprowadzeniu rozprawy z udziałem Stron i Uczestnika postępowania odwoławczego, na podstawie zgromadzonego w sprawie materiału dowodowego oraz oświadczeń, a także stanowisk Stron i Uczestnika postępowania, Krajowa Izba Odwoławcza ustaliła i zważyła, co następuje:

Izba ustaliła, iż nie została wypełniona żadna z przesłanek skutkujących odrzuceniem odwołania, odwołanie nie zawierało braków formalnych i mogło zostać rozpoznane merytorycznie.

Izba ustaliła, że Wykonawca wnoszący odwołanie wykazał interes w korzystaniu ze środków ochrony prawnej. Wykonawca jest podmiotem, który złożył ofertę
w postępowaniu i jest zainteresowany uzyskaniem zamówienia. Wybór oferty innego wykonawcy godzi w interesy ekonomiczne Odwołującego i naraża go na szkodę w postaci utraty zamówienia i możliwości osiągnięcia zysku z realizacji przedmiotu zamówienia.

Do postępowania odwoławczego zgłoszenie przystąpienia po stronie Zamawiającego zgłosił wykonawca P. Z. prowadząca działalność gospodarczą pod firmą „PATI" P. Z. z siedzibą w Rudzie Śląskiej. Izba potwierdziła skuteczność zgłoszenia
i dopuściła wykonawcę jako Przystępującego po stronie Zamawiającego.

Przystępujący wnosił o oddalenie odwołania w całości. Wykonawca zaznaczył, że podtrzymuje wyjaśnienia złożone Zamawiającemu, dodatkowo podnosząc, że:
1) Koszty osobowe przyjęte do kalkulacji oferty zostały wyliczone przez biuro rachunkowe Manat. Biuro Sp. z o.o. w Rudzie Śląskiej obsługujące wykonawcę.

Koszty przyjęte w załączonej kalkulacji są prawidłowe. Podobnie liczba osób potrzebnych do obsługi zamówienia jest wystarczająca, co wynika z doświadczenia Wykonawcy w kilkuletniej obsłudze targowiska w Gliwicach. P. Z. będzie samodzielnie wykonywać wiele prac w ramach realizacji zamówienia, w tym m.in. zbieranie opłaty targowej, sprzątanie terenu targowiska.

2) Koszty energii elektryczne j zostały przyjęte prawidłowo i realnie. Wykonawca wziął pod uwagę ostatnie podwyżki. Ponad 60% kosztów energii ponoszą sprzedawcy na targowisku, którzy korzystają z elektrycznego ogrzewania, chłodziarek, lad chłodniczych, kuchenek elektrycznych, elektrycznych przepływowych ogrzewaczy wody, czajników elektryczny i oświetlenia. Na stoiskach znajdują się podliczniki i na tej podstawie sprzedawcy ponoszą koszty zużycia energii elektrycznej.

3) Koszty odbioru odpadów zostały skalkulowane prawidłowo z uwzględnieniem cen obowiązujących w dniu złożenia oferty. Uwzględniono przy tym prawidłowe gospodarowanie, recykling oraz segregację odpadów. W kalkulacji uwzględniono wywóz 5 szt. kontenerów 1100L oraz 15 szt. pojemników na odpady. W specyfikacji nie ujęto dzierżawy kontenerów, która została uwzględniona w fakturach wykazanych przez ETNA E.G. Sp. z o.o.

4) Pozostałe koszty przedstawione przez Odwołującego:

a. Koszty wynagrodzenia członków organów nie dotyczą Wykonawcy, Wykonawca prowadzi jednoosobową działalność gospodarczą i nie wypłaca wynagrodzenia członkom Zarządu;

b. Koszty obsługi księgowo-kadrowej stanowią bardzo niewielki ułamek kosztów wykonania zamówienia (160 zł na miesiąc dla obsługi całej działalności wykonawcy);

c. Koszty monitoringu wizyjnego. Monitoring wizyjny nie wchodzi w zakres niniejszego zamówienia, nie jest wymagany przez Zamawiającego i nie został ujęty w ofercie Wykonawcy;

d. Koszty zaopatrzenia w wodę i odprowadzania ścieków zostały ujęte w kalkulacji oferty wykonawcy;

e. Koszty usług dostarczania ciepła w okresie grzewczym. Ciepło nie jest dostarczane. Ogrzewanie stoisk sprzedawców jest elektryczne i ujęte jest w cenie energii elektrycznej;

f. Rezerwa na poczet kosztów dodatkowych nie jest obowiązkowym składnikiem ceny, aczkolwiek wykonawca przyjął taką rezerwę;

g. Rezerwa na ewentualne kary umowne . Wykonawca przewiduje prawidłową realizację zamówienia, nie zakłada na etapie składania ofert, że zostanie ukarany karami umownymi.

Złożona oferta jest adekwatna do zakresu i kosztów prac składających się na przedmiot zmówienia, nie zakłada realizacji zmówienia poniżej jego rzeczywistych kosztów, została skalkulowana prawidłowo na podstawie rzeczywistych cen i nie odbiega od rynkowej wartości przedmiotu zamówienia, a zatem zarzut Odwołującego dotyczący „rażąco niskiej ceny" i „czynu nieuczciwej konkurencji" jest nieuzasadniony.

Przeliczając koszty, jakie zostały podane do specyfikacji przez Odwołującego do Urzędu Miasta Knurów zostały zauważone rozbieżności. W kalkulacji specyfikacji od 01.01.2023 do 31.08.2023 firma ETNA E.G. Sp. z o.o. podała kwoty, np.: zużycie prądu – 36 967,04 zł netto, 45 469,46 zł brutto. Z faktur przesłanych do odwołania kwota wynosi 18 937,80 zł brutto za ten sam okres. Firma ETNA E.G. Sp. z o.o. za wywóz odpadów w specyfikacji wykazała kwotę 30 695,70 zł netto, 37 755,71 zł brutto, natomiast z faktur wynika kwota 18 937,80 zł brutto. Porównując wyżej wymienione liczby można zauważyć znaczące różnice w wysokości podanych przez firmę ETNA E.G. Sp. z o.o. kwot.

Na podstawie dokumentacji postępowania przekazanej przez Zamawiającego Izba ustaliła, że w SWZ zamieszczono następującą regulację - za wykonanie przedmiotu zamówienia, za wyjątkiem czynności określonych w § 3 ust. 1 pkt 1 wzoru umowy (tj. pobierania w drodze inkasa opłaty targowej), ustala się wynagrodzenie ryczałtowe w wysokości ceny ofertowej brutto obliczonej jako iloczyn oferowanej ceny ryczałtowej brutto za 1 miesiąc i okresu realizacji zamówienia, przedstawionej przez Wykonawcę w ofercie. Wynagrodzenie ryczałtowe jest niezmienne, z zastrzeżeniem zapisów wzoru umowy.

Cena ofertowa nie zawiera wynagrodzenia za inkaso. Wynagrodzenie za inkaso opłaty targowej będzie przysługiwać Wykonawcy oprócz wynagrodzenia ryczałtowego, o którym mowa w ust. 1, w przypadku gdy Rada Miasta Knurów tak postanowi, w wysokości określonej w aktualnie obowiązującej uchwale Rady Miasta Knurów w sprawie opłaty targowej. Zgodnie z obecnie obowiązującą Uchwałą Rady Miasta Knurów w sprawie opłaty targowej wynagrodzenie za inkaso wynosi 25% zebranej opłaty targowej. Wynagrodzenie płatne będzie za każdy miesiąc rozliczeniowy realizacji zamówienia, odrębnie dla czynności, o których mowa w ust. 1 oraz odrębnie za inkaso, o jakim mowa w ust. 2.

Dla potrzeb ustalenia ceny ofertowej podano:

1) koszty poniesione przez obsługę Targowiska w okresie 01.01.2023 – 31.08.2023 roku z uwzględnieniem utrzymania budynku socjalnego:

a) wywóz nieczystości 30.695,70 zł

b) zużycie wody 3.763,73 zł

c) zużycie energii elektrycznej 36.967,04 zł

d) zakup opału 1.600,00 zł

e) środki czystości 11.621,00 zł

f) Inne koszty – wynagrodzenie pracowników, ZUS 132.000,00 zł

2) wpływy z opłaty targowej w roku 2023 szacowane w oparciu o wykonanie za okres od stycznia do sierpnia 2023 r. - 282.445,00 zł

5. Maksymalna wartość nominalna zobowiązania wynikającego z umowy nie przekroczy kwoty 565.504,75 zł brutto (słownie zł: pięćset sześćdziesiąt pięć tysięcy pięćset cztery złote 75/100).

W dniu 10 listopada 2023 roku Przystępujący, na podstawie art. art. 224 ust. 2 pkt 1 w związku z art. 224 ust. 1 ustawy Pzp został wezwany do wyjaśnień, w tym złożenia dowodów, w zakresie wyliczenia ceny w ofercie złożonej w postępowaniu, celem ustalenia czy nie zawiera ona rażąco niskiej ceny w stosunku do przedmiotu zamówienia.

Zamawiający zaznaczył w wezwaniu, że zgodnie z art. 224 ust. 3 ustawy Pzp wyjaśnienia mogą dotyczyć w szczególności:

1)świadczonych usług;

2)wyjątkowo korzystnych warunków usług;

3)oryginalności usług oferowanych przez Wykonawcę;

4)zgodności z przepisami dotyczącymi kosztów pracy, których wartość przyjęta do ustalenia ceny nie może być niższa od minimalnego wynagrodzenia za pracę albo minimalnej stawki godzinowej, ustalonych na podstawie przepisów ustawy z dnia 10 października 2002 r. o minimalnym wynagrodzeniu za pracę lub przepisów odrębnych właściwych dla spraw, z którymi związane jest realizowane zamówienie;

5)zgodności z prawem w rozumieniu przepisów o postępowaniu w sprawach dotyczących pomocy publicznej;

6)zgodności z przepisami z zakresu prawa pracy i zabezpieczenia społecznego, obowiązującymi w miejscu, w którym realizowane jest zamówienie;

7)zgodności z przepisami z zakresu ochrony środowiska.

Powodem skierowania wezwania jest zaistnienie przesłanki określonej w art. 224 ust. 2 pkt 1 ustawy Pzp, tj. całkowita cena oferty jest niższa o co najmniej 30 % od wartości zamówienia powiększonej o należny podatek od towarów i usług, ustalonej przed wszczęciem postępowania i średniej arytmetycznej cen wszystkich złożonych ofert niepodlegających odrzuceniu na podstawie art. 226 ust. 1 pkt 1) i 10) ustawy Pzp, co obrazuje poniższe wyliczenie:

-wartość zamówienia (bez inkasa, którego nie obejmuje cena ofertowa) wynosi 389.760,00 zł - powiększona o należny podatek VAT (23%) wynosi 479.404,80 zł,

a pomniejszenie jej o 30 % daje próg badania wynoszący 335.583 36 zł;

-średnia arytmetyczna cen wszystkich złożonych ofert wynosi 304.794,00 zł,

a pomniejszenie jej o 30 % daje próg badania wynoszący 213.355.80 zł.

Cena ofertowa przedstawiona w ofercie wynosi 181.548,00 zł i jest niższa od ustalonych progów.

Obowiązek wykazania, że oferta nie zawiera rażąco niskiej ceny, zgodnie z art. 224 ust. 5 ustawy Pzp spoczywa na Wykonawcy.

Wymienione w art. 224 ust. 3 ustawy Pzp i przywołane na wstępie pisma czynniki nie wyczerpują zakresu okoliczności sprzyjających Wykonawcy, mających wpływ na cenę oferty, stanowiąc wyliczenie przykładowe i do oceny wzięty zostanie pod uwagę każdy argument w sposób obiektywny uwiarygadniający zaoferowaną cenę.

W ramach udzielenia wyjaśnień, w stosunku do zaoferowanej ceny, Zamawiający zobowiązuje Wykonawcę do złożenia rzetelnych wyjaśnień dotyczących wyliczenia ceny ofertowej, w tym przedstawienie pełnej kalkulacji zaoferowanej ceny wraz z wszystkimi składnikami branymi pod uwagę przy wyliczeniu realnego kosztu dającego gwarancję realizacji zadania stanowiącego przedmiot zamówienia. W szczególności ustalenie, czy przy obliczaniu ceny przedstawionej w ofercie brane były pod uwagę zawarte w Rozdz. 14 ust. 4 SWZ wyliczenia kosztów poniesionych przez obsługę Targowiska Miejskiego w Knurowie w okresie 01.01.2023 r. - 31.08.2023 r. oraz czy uwzględniono opłaty wynikające z umów z odbiorcami odpadów stałych z terenu targowiska, a także dostawcami mediów, takich jak prąd czy woda.

Ponadto w związku z szerokim zakresem zadań, a także wynikającym z umowy obowiązkiem pobierania opłaty

targowej realizowanym we wszystkie dni targowe na terenie Targowiska Miejskiego przy ul. Targowej 2, w miejscu przeznaczonym do handlu okrężnego przy Al. Piastów, a także okresowo w innych miejscach przeznaczonych do handlu okrężnego na terenie miasta Knurowa, istotne jest wskazanie ilości osób, które będą wykonywały czynności niezbędne dla prawidłowej realizacji zadania oraz przewidywanych kosztów związanych z zatrudnieniem ich do tej realizacji.

Dla uznania wyjaśnień Wykonawcy za wiarygodne niezbędne jest, by Wykonawca
w sposób merytoryczny i obiektywny, poparty dowodami wykazał, iż zastosowana przez niego cena za oferowany przedmiot zamówienia jest realna, ekwiwalentna do tego przedmiotu zamówienia i jest ceną rynkową i Wykonawca nie oferuje wykonania zamówienia poniżej kosztów wytworzenia.

Wykonawca w wyjaśnieniach powinien podać konkretne przykłady istnienia po jego stronie obiektywnych, właściwych i wyjątkowych tylko dla niego czynników wpływających na obniżenie ceny. Nie może być mowy o szczególnych okolicznościach pozwalających na zaoferowanie niższej ceny, jeżeli cecha właściwa danemu Wykonawcy jest bez trudu dostępna dla innych Wykonawców, dlatego też nie będzie za takowe uznane jedynie powołanie się przez Wykonawcę, np. na mocną pozycję na rynku, długoletnie doświadczenie, wykwalifikowany personel, własne zasoby sprzętowe itp., ponieważ cechy te dotyczą wszystkich Wykonawców, którzy złożyli oferty w postępowaniu.

Wyjaśnienia mają służyć do uzyskania przez Zamawiającego dodatkowych informacji, które pozwolą ocenić realność oferty oraz jej zgodność z SWZ, a nie tylko zapewnienia, że będzie zadowolony. Z tego też względu nie powinny się one sprowadzać wyłącznie do wyliczenia czynników mających wpływ na dokonaną wycenę.

Brak wyjaśnień w określonym na wstępie niniejszego pisma terminie, w tym również udzielenie wyjaśnień, które w swej treści nie udowodnią realności zastosowanej ceny,
są zbyt ogólnikowe i nie dające się zweryfikować, skutkować będzie odrzuceniem oferty zgodnie z art. 224 ust. 6 ustawy Pzp.

W wyznaczonym terminie Przystępujący złożył wyjaśnienia wraz z dowodami.
W wyjaśnieniach wskazano, że we wcześniejszych latach podmiot świadczył usługę obsługi targowiska w Gliwicach, ul. Lipowa 67. Okres trwania umowy wynosił ponad 3 lata. Współpraca z Zamawiającym – Miastem Gliwice została zakończona, ponieważ przewiduje się modernizację targowiska i teren oddano MZUK Gliwice.

Podczas trwania umowy Przystępująca sama zajmowała się pobieraniem opłat od handlujących, obsługą parkingu, imprezami okolicznościowymi odbywającymi się na targu, utrzymaniem czystości toalet publicznych, pomieszczenia socjalnego, biura i szopy na narzędzia, sprzątaniem powierzchni, zamiataniem, grabienie liści, opróżnianiem koszy na śmieci w okresie zimowym i letnim. Ponadto Przystępująca posiada mały traktorek do odśnieżania. Spisywała także i pobierała co miesiąc opłaty od kiosków za zużyty przez nich prąd. Zajmowała się również konserwacją kiosków oraz sprzętu, różnego rodzaju naprawami hydraulicznymi, naprawami dachów kiosków oraz bieżącymi naprawami.

Prąd, na który zarządca posiada umowę i jest zobowiązany płacić nie obejmuje
w zasadzie 60% z danej faktury, ponieważ kioski posiadają podliczniki, które są spisywane co miesiąc i kontrahenci płacą zarządy za swój zużyty prąd. Resztę prądu, tj. około 40% płaci zarządca targu na utrzymanie oświetlenia, ogrzewanie toalety publicznej, biura
i pomieszczenia socjalnego. Robiąc kalkulację Przystępująca wzięła pod uwagę także okres grzewczy, który nie odbywa się przez 12 miesięcy ale tylko od października do kwietnia.

Śmieci na targowisku to w 70% makulatura karton, a w 30% odpady różne. Przystępująca zadzwoniła do firmy, która zajmuje się odpadami w Knurowie i okazało się, że ceny za kontener 1100 l są podobne do innych firm. Kontener taki kosztuje obecnie 150 zł brutto, makulatura takiego kontenera wynosi około 45 zł brutto. W przypadku wyższych cen można zastosować opcję oddania za darmo makulatury typu karton do firm, które zajmują się skupem tego typu odpadów. Takie rozwiązanie dotyczące odpadów znacznie zmniejsza koszty. Do kalkulacji wzięto pod uwagę również opróżnianie kosza z handlu okrężnego co najmniej 2 razy w tygodniu.

Przystępujący ma zaufanych pracowników, którzy pracowali także na targowisku
w Gliwicach. Ich forma zatrudnienia będzie na podstawie umów zlecenia. W okresie letnim nie potrzeba tylu pracowników, co w okresie zimowym. Opłaty targowe Przystępująca będzie pobierać osobiście. Do utrzymania czystości będą zatrudnione osoby po 3h dziennie, dodatkowo zatrudniony będzie pracownik na soboty oraz okres zimowy. Do konserwacji
i napraw będzie również zatrudniona (w razie potrzeby) osoba. W przypadku choroby Przystępującej, ma ona dwie kompetentne osoby, z którymi wcześniej pracowała i w razie potrzeby ją zastąpią.

W kalkulacji dodatkowo uwzględniono możliwość skorzystania z niższych składek ZUS, które w przyszłym roku będą wynosić około 800 zł. Wynagrodzenie 25% z opłaty targowej, które otrzymuje zarządca jest dla Przystępującej w pełni zadowalające.
W celu wyjaśnień dołączono także faktury za wywóz nieczystości, prać, wodę oraz kalkulację wynagrodzenia pracowniczego dla pracownika pracującego od poniedziałku do soboty po 3h dziennie przy stawce za godzinę 28,10 zł (3 osoby) oraz kalkulację wynagrodzenia dla pracownika pracującego tylko w soboty (2 osoby).

Zamawiający złożył pisemną odpowiedź na odwołanie, w której wnosił o jego oddalenie w całości.

Biorąc powyższe ustalenia pod uwagę, Izba uznała, że odwołanie podlegało oddaleniu w całości.

Według art. 16 ustawy Pzp zamawiający przygotowuje i przeprowadza postępowanie o udzielenie zamówienia w sposób:

1) zapewniający zachowanie uczciwej konkurencji oraz równe traktowanie wykonawców;

2) przejrzysty;

3) proporcjonalny.

Z art. 17 ustawy Pzp wynika, że zamawiający udziela zamówienia w sposób zapewniający:

1) najlepszą jakość dostaw, usług, oraz robót budowlanych, uzasadnioną charakterem zamówienia, w ramach środków, które zamawiający może przeznaczyć na jego realizację, oraz

2) uzyskanie najlepszych efektów zamówienia, w tym efektów społecznych, środowiskowych oraz gospodarczych, o ile którykolwiek z tych efektów jest możliwy do uzyskania w danym zamówieniu, w stosunku do poniesionych nakładów.

Zamówienia udziela się wykonawcy wybranemu zgodnie z przepisami ustawy.

Czynności związane z przygotowaniem oraz przeprowadzeniem postępowania
o udzielenie zamówienia wykonują osoby zapewniające bezstronność i obiektywizm.

Na podstawie art. 223 ust. 1 ustawy Pzp, w toku badania i oceny ofert zamawiający może żądać od wykonawców wyjaśnień dotyczących treści złożonych ofert oraz przedmiotowych środków dowodowych lub innych składanych

dokumentów lub oświadczeń. Niedopuszczalne jest prowadzenie między zamawiającym a wykonawcą negocjacji dotyczących złożonej oferty oraz, z uwzględnieniem ust. 2 i art. 187, dokonywanie jakiejkolwiek zmiany w jej treści.

Art. 224 ust. 1 ustawy Pzp stanowi, że 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.

Zgodnie z art. 224 ust. 5 ustawy Pzp obowiązek wykazania, że oferta nie zawiera rażąco niskiej ceny lub kosztu spoczywa na wykonawcy. Art. 224 ust. 6 ustawy Pzp stanowi, że odrzuceniu, jako oferta z rażąco niską ceną lub kosztem, podlega oferta wykonawcy, który nie udzielił wyjaśnień w wyznaczonym terminie, lub jeżeli złożone wyjaśnienia wraz
z dowodami nie uzasadniają podanej w ofercie ceny lub kosztu.

Na podstawie art. 226 ust. 1 ustawy Pzp zamawiający odrzuca ofertę, jeżeli:
- jest niezgodna z przepisami ustawy (pkt 3);
- została złożona w warunkach czynu nieuczciwej konkurencji w rozumieniu ustawy z dnia
16 kwietnia 1993 r. o zwalczaniu nieuczciwej konkurencji (pkt 7);
- zawiera rażąco niską cenę lub koszt w stosunku do przedmiotu zamówienia. Natomiast zgodnie z art. 239 ustawy Pzp Zamawiający wybiera najkorzystniejszą ofertę na podstawie kryteriów oceny ofert określonych w dokumentach zamówienia. Najkorzystniejsza oferta to oferta przedstawiająca najkorzystniejszy stosunek jakości do ceny lub kosztu lub oferta
z najniższą ceną lub kosztem (pkt 8).

Jak wynika z ugruntowanego orzecznictwa Izby oraz sądów powszechnych za ofertę z rażąco niską ceną należy uznać ofertę z ceną niewiarygodną, nierealistyczną
w porównaniu do cen rynkowych podobnych zamówień. Oznacza to cenę znacząco odbiegającą od cen przyjętych, wskazującą na fakt realizacji zamówienia poniżej kosztów wytworzenia usługi, dostawy, roboty budowlanej. W orzecznictwie wskazuje się również,
że o cenie rażąco niskiej można mówić wówczas, gdy oczywiste jest, iż przy zachowaniu reguł rynkowych wykonanie umowy przez wykonawcę byłoby dla niego nieopłacalne.

Analiza przepisów ustawy Pzp prowadzi do wniosku, iż ciężar wykazania, że 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 należytą 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. W ramach wyjaśnień, o których mowa w art. 224 Pzp, wykonawca zobligowany jest nie tylko do sformułowania twierdzeń dotyczących ceny lub kosztu ofert, ale także
do przedstawienia dowodów, dzięki którym zamawiający będzie miał możliwość zweryfikowania złożonych wyjaśnień (tak wyrok Krajowej Izby Odwoławczej z dnia 30 maja 2016 r., sygn. akt: KIO 817/16, LEX nr 2054658; podobnie wyrok Sądu Okręgowego
w Olsztynie dnia 13 marca 2015 r., sygn. akt: IX Ca 39/15, LEX nr 1835972).

Przenosząc powyższe rozważania na grunt niniejszej sprawy, w ocenie Izby Zamawiający nie naruszył art. 223 i art. 224 ustawy Pzp, ponieważ dokonał wnikliwego badania oceny oferty Przystępującego, z uwzględnieniem okoliczności wynikających
z art. 224 ust. 1 ustawy Pzp. Zamawiający, po ustaleniu, iż wystąpiły ustawowe przesłanki zobowiązujące go do wezwania w zakresie ceny ofertowej, takie wezwanie
do Przystępującego sformułował. Zamawiający w wezwaniu szczegółowo opisał, jakie elementy oferty Przystępującego wymagają złożenia wyjaśnień, powołał się na wyliczenia odnoszące się do szacunkowej wartości zamówienia, średniej arytmetycznej ofert, podał także jakie koszty w jego ocenie należało uwzględnić w cenie ofertowej i prosił o wyjaśnienie, czy takie elementy zostały ujęte w ofercie i w jakiej wysokości oraz przy jakich założeniach. Zamawiający wskazywał na koszty pracownicze, koszty mediów. Nieuprawnione są więc twierdzenia odwołania, że Zamawiający nie badał okoliczności mających wpływ na cenę oferty. Ze stanowiska Zamawiającego oraz odpowiedzi na odwołanie wynika,
że Zamawiający również dokonał wnikliwej oceny złożonych wyjaśnień, przy uwzględnieniu faktu, że wybrany wykonawca otrzymywał będzie dodatkowe wynagrodzenie z tytułu inkasa stanowiące 25% opłaty targowej. Dodatkowo Zamawiający porównał założenia Przystępującego z oświadczeniem złożonym przez Odwołującego o wysokości ponoszonych kosztów, które stanowiło podstawę do ustalenia szacunkowej wartości postępowania.

Przystępujący, składając Zamawiającemu wyjaśnienia zdaniem Izby sprostał ciężarowi dowodowemu i uczynił zadość treści wezwania do złożenia wyjaśnień. Stanowisko przedstawione w wyjaśnieniach można uznać za wyczerpujące. Złożone wyjaśnienia, choć nie są obszerne, to można je uznać należy za szczegółowe i wyczerpujące. Dlatego też
w ocenie Izby oferta Przystępującego nie podlegało odrzuceniu jako zawierająca rażąco niską cenę.

Przystępujący w wyjaśnieniach opisał sposób, w jaki zamierza prowadzić obsługę targowiska. Wskazał jaką ilość pracowników będzie zatrudniał, podał podstawę nawiązania stosunku zobowiązaniowego i wymiar, w jakim te osoby będą wykonywały powierzone
im czynności. Dodatkowo w tym zakresie dołączono do wyjaśnień wyliczenie kosztów pracy, uwzględniające wszystkie koszty do poniesienia z tytułu zatrudnienia, w tym koszty ponoszone przez pracodawcę i wyliczenia tych kosztów dokonano z uwzględnieniem stawek odnoszących się do co najmniej najniższego wynagrodzenia za prace lub stawki godzinowej. Przystępujący wyjaśnił także, jak zamierza wykonywać przedmiot zamówienia w przypadku nieobecności związanej z chorobą i w weekendy (kiedy występuje dodatkowe obłożenie pracą i konieczne jest wykonanie dodatkowych obowiązków umownych). Przystępujący
w tych kosztach uwzględnił także, że będzie samodzielnie wykonywał część obowiązków, czego Zamawiający w SWZ nie zabronił. Ponadto, zgodnie z dokumentacją postępowania, nie istniała konieczność zatrudniania pracowników na umowę o pracę, a wydaje się, że do kosztów rozumianych w ten sposób odnosiło się odwołanie. Specyfikacja nie

precyzowała także jaką ilością osób do obsługi targowiska winien dysponować wykonawca. Zamawiający wziął pod uwagę, że wiele czynności Przystępujący będzie wykonywał samodzielnie,
jak choćby sprzątanie obiektu, odśnieżanie, czy pobór opłaty parkingowej. Odwołujący natomiast zakładał, że do wykonywania tych czynności konieczne jest zatrudnienie dodatkowych osób. Odwołujący podnosił, że zakładana ilość osób podana przez Przystępującego jest niewystarczająca, ale Izba przy ocenie zasadności twierdzeń wzięła pod uwagę, że mamy do czynienia z podmiotami o różnej wielkości i strukturze właścicielskiej oraz że każdy z Wykonawców przyjął inny sposób wykonania przedmiotu zamówienia.

Następnie Przystępujący obliczył koszty niezbędne do poniesienia z tytułu zużycia energii elektrycznej, wyjaśniając jakie przyjął założenia ponoszenia tego kosztu. Przystępujący przyjął, że 60% kosztów ponosić będą sprzedawcy na targowisku, ponieważ posiadają podliczniki i ponoszą koszty zużytego przez siebie prądu. Odwołujący kwestionował proporcję podziału przyjętą przez Przystępującego, jednak na nieprawidłowość przyjętych założeń nie przedstawił dowodów, choć jest podmiotem obecnie obsługującym targowisko i był w stanie wykazać, jakie koszty ponosi wykonawca a jakie koszty ponoszą wynajmujący stanowiska targowe. Odwołujący kwestionował także samą wielkość zakładaną do poniesienia z tytułu zużycia energii elektrycznej, ale w tym zakresie, jak podkreślał Zamawiający, bazował on na kosztach podanych przez samego Odwołującego do ustalenia wartości szacunkowej zamówienia. Jeżeli następnie Odwołujący na rozprawie przedstawił faktury, z których wynikało, że koszty z tego tytułu są wyższe i dotyczą danego miejsca targowiska, to Odwołujący nie wyjaśnił, dlaczego do szacowania wartości podał inną wysokość kosztów, a następnie w odwołaniu wskazywał na inną wysokość. W ocenie Izby Zamawiający, oceniając wyjaśnienia Przystępującego, nie tylko miał prawo, ale przede wszystkim obowiązek bazować na informacjach, które otrzymał od podmiotu realizującego umowę celem szacowania wartości zamówienia. Jednocześnie przedstawianie przez ten podmiot dwóch rożnych wartości tego samego elementu, w zależności do jakich celów ma być wykorzystana informacja, podaje w wątpliwość wiarygodność tej informacji i stanowiska samego Odwołującego.

Przystępujący w wyjaśnieniach wskazał sposób wyliczenia kosztów dotyczących innych mediów, w tym dostarczenie wody i wywóz nieczystości. Przedstawiono także wraz
z wyjaśnieniami dowody, na podstawie których dokonano szacowania wysokości tych kosztów, a których wiarygodności Odwołującemu nie udało się zakwestionować. Dostrzeżenia wymaga, że wysokość tych kosztów jest podobna do założeń przedstawionych przez Odwołującego.

Odwołujący w odwołaniu referował do kosztów, które nie były wymagane przez SWZ, przykładowo koszty monitoringu. Odwołujący zdaje się utożsamiać ze sobą obowiązek posiadania ubezpieczenia od odpowiedzialności cywilnej (wymaganego przez SWZ)
i możliwość założenia na targowisku monitoringu wizyjnego czy zatrudnienia ochrony.
Te dwa aspekty nie są ze sobą powiązane. Czym innym jest konieczność posiadania obowiązkowego ubezpieczenia, a czym innym możliwość korzystania z monitoringu obiektu. Przystępujący założył, że obiekt nie będzie monitorowany, co jak wynika z odpowiedzi
na odwołanie, zostało z resztą wykluczone, co nie oznacza jednocześnie, że nie będzie posiadał obowiązkowego ubezpieczenia OC. Do Wykonawcy należy wybór w jaki sposób zabezpieczy obiekt, by nie dochodziło na nim do kradzieży. Zamawiający sposobu tego nie narzucił.

Kolejnym taki kosztem są koszty zarządu, których Przystępujący po prostu nie ponosi z uwagi na charakter prowadzonej działalności gospodarczej.

Słusznie Zamawiający zauważył, że nie było wymagane przewidzenie rezerwy na ewentualne kary umowne, ponieważ to oznaczałoby, że wykonawca z góry zakłada nienależyte wykonanie zamówienia. Biorąc pod uwagę wcześniejsze doświadczenie zawodowe, każdy z Wykonawców sam kalkuluje ryzyko wystąpienia takiej sytuacji,
czy konieczna jest wycena takich ryzyk.

Reasumując, Izba uznała złożone w postępowaniu o udzielenie zamówienia publicznego przez Przystępującego wyjaśnienia były wyczerpujące i spójne, obrazowały poszczególne koszty do poniesienia na wystarczającym poziomie, by uzasadnić możliwość obniżenia ceny oferty. Wyjaśnienia nie były pozbawione materiału dowodowego, uzasadniającego założenia kosztowe Wykonawcy.

Odwołujący w odwołaniu nie przedstawił uzasadnienia do wystąpienia przesłanek odrzucenia oferty Przystępującego na podstawie art. 226 ust. 1 pkt 3 i 7 ustawy Pzp.
Nie wskazano w odwołaniu w jaki sposób oferta Przystępującego jest niezgodna
z przepisami ustawy Pzp. Przez pojęcie ustawy należy rozumieć Pzp oraz akty wykonawcze do Pzp. Niezgodność ta może polegać na braku zachowania właściwej formy oferty, niezgodności oferty z niektórymi zasadami Pzp, w szczególności zasadą pisemności
i zasadą języka polskiego, czy też złożeniu więcej niż tylko jednej oferty (art. 218 Pzp),
z zastrzeżeniem dotyczącym oferty wariantowej. Żadna z tych okoliczności nie miała miejsca w przedmiotowym postępowaniu, a Odwołujący innych okoliczności nie przytoczył.

W przypadku zastosowania art. 226 ust. 1 pkt 3 ustawy Pzp ma miejsce odesłanie do ustawy o zwalczaniu nieuczciwej konkurencji. Odwołujący w odwołaniu ograniczył się jedynie do wskazania niniejszego przepisu, bez przytoczenia jakikolwiek okoliczności, w których upatrywałby wystąpienia czynu nieuczciwej konkurencji. Definicję czynu nieuczciwej konkurencji możemy odnaleźć w przepisie art. 3 ust. 1 ustawy o zwalczaniu nieuczciwej konkurencji. Przepis stanowi, iż czynem nieuczciwej konkurencji jest działanie sprzeczne
z prawem lub dobrymi obyczajami, jeżeli zagraża lub narusza interes innego przedsiębiorcy lub klienta. Ustawa o zwalczaniu nieuczciwej konkurencji wymienia przykładowe sytuacje uznawane za czyny nieuczciwej konkurencji, przy czym katalog takich sytuacji ma charakter otwarty. Jeżeli za taki czyn Odwołujący uznaje złożenie oferty z rażąco niskimi cenami,
to takie wyjaśnienie winno mieć miejsce w odwołaniu, ze wskazaniem na czym dany czyn nieuczciwej konkurencji polegał i w jaki sposób zagraża on sytuacji lub pozycji Odwołującego na rynku właściwym. Odwołujący nie wykazał w jaki sposób i jakimi działaniami (standardowymi lub ponadstandardowymi) Przystępujący miałby doprowadzić do eliminacji wykonawców konkurencyjnych z rynku lub też utrudniać takim wykonawcom dostęp do rynku. Odwołujący nie określił nawet, jakie to praktyki należy uznać ze nieuczciwe na danym rynku. Ponadto wskazać należy, że Odwołujący nie wykazał z jakimi normami prawnymi
i dobrymi obyczajami działania Przystępującego są sprzeczne. W zarzutach odwołania nie zamieszczono uzasadnienia do wystąpienia tej przesłanki odrzucenia oferty Odwołującego, co oznaczało konieczność uznania zarzutu za niewykazany.

W świetle powyższych ustaleń Izba uznała za niezasadne zarzuty odwołania

i oddaliła odwołanie, nie dopatrując się w działaniach Zamawiającego naruszenia przepisów art. 16 i 17 ustawy Pzp. Wbrew twierdzeniom Odwołującego Zamawiający nie dokonał oceny ofert w sposób arbitralny i prawidłowo ocenił wyjaśnienia Odwołującego, a ich ocena prowadzić musiała do odrzucenia oferty.

Biorąc powyższe pod uwagę, orzeczono jak w sentencji.

O kosztach postępowania odwoławczego orzeczono na podstawie art. 574 oraz art. 575 ustawy Pzp, a także w oparciu o przepisy § 5 pkt 1 i 2 lit. b oraz § 8 ust. 2 pkt 1 Rozporządzenia Prezesa Rady Ministrów z dnia 30 grudnia 2020 roku w sprawie szczegółowych rodzajów kosztów postępowania odwoławczego, ich rozliczania oraz wysokości i sposobu pobierania wpisu od odwołania (Dz. U. z 2020r., poz. 2437 ze zmianami), orzekając w tym zakresie o obciążeniu kosztami postępowania stronę przegrywającą, czyli Odwołującego.

Przewodniczący:

……