

Sygn. akt: KIO 1199/18

**WYROK**  
**z dnia 4 lipca 2018 r.**

Krajowa Izba Odwoławcza - w składzie:

**Przewodniczący: Anna Wojciechowska**

**Protokolant: Rafał Komoń**

po rozpoznaniu na rozprawie w Warszawie w dniu 2 lipca 2018 r. odwołania wniesionego do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej w dniu 18 czerwca 2018 r. przez **wykonawcę KOMA Białystok Sp. z o.o. z siedzibą w Białymstoku** w postępowaniu prowadzonym przez zamawiającego **Miasto Białystok reprezentowane przez Przedsiębiorstwo Usługowo-Handlowo-Produkcyjne LECH Sp. z o.o. z siedzibą w Białymstoku**

**orzeka:**

- 1. Oddala odwołanie,**
- 2. Kosztami postępowania obciąża wykonawcę KOMA Białystok Sp. z o.o. z siedzibą w Białymstoku i**
  - 2.1. Zalicza w poczet kosztów postępowania kwotę 15 000 zł. 00 gr (słownie: piętnaście tysięcy złotych zero groszy) uiszczoną przez wykonawcę KOMA Białystok Sp. z o.o. z siedzibą w Białymstoku tytułem wpisu od odwołania;**
  - 2.2. Zasądza od wykonawcy KOMA Białystok Sp. z o.o. z siedzibą w Białymstoku na rzecz zamawiającego Miasta Białystok reprezentowanego przez Przedsiębiorstwo Usługowo-Handlowo-Produkcyjne LECH Sp. z o.o. z siedzibą w Białymstoku kwotę 3 600 zł 00 gr (słownie: trzy tysiące sześćset złotych zero groszy) z tytułu wynagrodzenia pełnomocnika.**

Stosownie do art. 198a i 198b ustawy z dnia 29 stycznia 2004 r. - Prawo zamówień publicznych (t. j. Dz. U. z 2017 r., poz. 1579, 2018) na niniejszy wyrok - w terminie 7 dni od dnia jego doręczenia - przysługuje skarga za pośrednictwem Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej do Sądu Okręgowego w **Białymstoku**.

**Przewodniczący: .....**

### **Uzasadnienie**

Zamawiający – Miasto Białystok reprezentowane przez Przedsiębiorstwo Usługowo-Handlowo-Produkcyjne LECH Sp. z o.o. z siedzibą w Białymstoku - prowadzi w trybie przetargu nieograniczonego postępowanie o udzielenie zamówienia publicznego, którego przedmiotem jest „*Odbiór odpadów komunalnych od właścicieli nieruchomości z terenu miasta Białegostoku*” (numer sprawy NDZ.231.8.2018.DM). Postępowanie zostało wszczęte ogłoszeniem opublikowanym w Dzienniku Urzędowym Unii Europejskiej z dnia 27 marca 2018 r. za numerem 2018/S 060-132705. Szacunkowa wartość zamówienia, którego przedmiotem są usługi, jest wyższa od kwot wskazanych w przepisach wykonawczych wydanych na podstawie art. 11 ust. 8 ustawy z dnia 29 stycznia 2004 r. - Prawo zamówień publicznych (t. j. Dz. U. z 2017 r., poz. 1579, 2018 zwanej dalej „ustawą pzp”).

W dniu 18 czerwca 2018 r. odwołanie wniósł wykonawca KOMA Białystok Sp. z o.o. z siedzibą w Białymstoku – dalej Odwołujący.

Odwołujący wniósł odwołanie na czynności i zaniechania Zamawiającego w postępowaniu w części V polegające na: zaniechaniu odrzucenia oferty złożonej przez Przedsiębiorstwo Usług Komunalnych Sp. z o.o. w Hajnówce, ul. Łowcza 4, 17-200 Hajnówka - dalej PUK w Hajnówce, w części V zamówienia, pomimo iż zawierała cenę rażąco niską, dokonaniu wyboru oferty tego Wykonawcy w części V zamówienia pomimo, iż jego oferta podlegała odrzuceniu ze względu na to, iż zawierała rażąco niską cenę.

Odwołujący zarzucił Zamawiającemu naruszenie następujących przepisów:

1. art 7 ust. 1 i 3 ustawy pzp oraz art 89 ust 1 pkt 4 i 90 ust. 3 ustawy pzp, poprzez dokonanie wyboru oferty PUK w Hajnówce w V części zamówienia, a tym samym zaniechanie jej odrzucenia pomimo, iż zawierała ona cenę rażąco niską,
2. art 90 ust. 2 ustawy pzp, poprzez błędne uznanie, iż PUK w Hajnówce udowodniło, że zaproponowana przez Wykonawcę w ofercie cena pozwoli mu na osiągnięcie zysku w realizacji zamówienia, w sytuacji gdy Wykonawca nie przedstawił stosownych dowodów.

Odwołujący w oparciu o wyżej wskazane zarzuty wniósł o uwzględnienie odwołania i nakazanie Zamawiającemu:

- 1) unieważnienia czynności wyboru oferty PUK w Hajnówce w części V zamówienia jako najkorzystniejszej,
- 2) odrzucenia oferty PUK w Hajnówce w części V zamówienia,

3) dokonania ponownej oceny ofert,

oraz wnioś o zasądzenie od Zamawiającego na rzecz Odwołującego kosztów postępowania przed Krajową Izbą Odwoławczą.

Odwołujący wskazał, że odwołanie zostało wniesione w terminie oraz że przysługuje mu uprawnienie do wniesienia odwołania, zgodnie z art. 179 ust. 1 ustawy pzp, bowiem ma interes prawny w uzyskaniu danego zamówienia i może ponieść szkodę w wyniku naruszenia przez Zamawiającego przepisów ustawy prawo zamówień publicznych, jeśli podniesione w odwołaniu zarzuty się potwierdzą, oferta Odwołującego będzie najkorzystniejsza w postępowaniu o udzielenie zamówienia.

Odwołujący zaznaczył, że w części V zamówienia w terminie składania ofert wpłynęły 2 oferty z następującymi cenami: oferta PUK w Hajnówce: 2 935 053,00 zł oraz oferta Odwołującego: 4 814 415,00 zł. W poza cenowym kryterium oceny ofert (dodatkowe mycie i dezynfekcja pojemników oraz zatrudnienie bezrobotnych) każdy z Wykonawców zaproponował taką samą wartość i wszyscy w tym kryterium otrzymali maksymalną ilość punktów. Szacunkowa wartość zamówienia na V część powiększona o należny podatek VAT ustalona została przez Zamawiającego na kwotę 4 827 346,19 zł. Zamawiający pismem z dnia 8 maja 2018 r. w trybie art. 90 ust. 1 i 1a ustawy pzp wezwał PUK w Hajnówce do złożenia wyjaśnień w tym złożenia dowodów dotyczących wyliczenia ceny. Zamawiający obliczył, że cena zaproponowana przez tego wykonawcę na V część zamówienia jest o 39,20% niższa od wartości zamówienia, a zatem ziszczy się przesłanki uruchomienia procedury z art. 90 ust. 1, a także powstało domniemanie, iż cena PUK w Hajnówce jest rażąco niska. W odpowiedzi na wezwanie Zamawiającego Wykonawca pismem z dnia 14 maja 2018 r. złożył ogólne wyjaśnienia składając jednocześnie kalkulację oraz jedyny dowód w postaci dowodu rejestracyjnego śmieciarki dwukomorowej i jej specyfikację. W odpowiedzi na wezwanie pismem z dnia 16 maja 2018 r. Zamawiający wezwał Wykonawcę do uzupełnienia wyjaśnień w zakresie kosztów mycia pojemników ich amortyzacji oraz rozstawienia i parowania. Pismem z dnia 21 maja 2018 r. Wykonawca udzielił odpowiedzi Zamawiającemu.

Odwołujący wskazał na definicję rażąco niskiej ceny przedstawionej w jednej z opinii Urzędu Zamówień Publicznych, gdzie podkreślono, że za ofertę z rażąco niską ceną uznaje się tę, która zawiera m.in. cenę „niewiarygodną, nierealistyczną w porównaniu do cen rynkowych podobnych zamówień”, co oznacza „cenę znacząco odbiegającą od cen przyjętych, wskazującą na fakt realizacji zamówienia poniżej kosztów wytworzenia usługi,

dostawy lub roboty budowlanej.” Powołał się na wyrok KIO z dnia 23 września 2010 r., KIO/UZP 2004/10.

Odwołujący zauważył, że oferta wybrana przez Zamawiającego jako najkorzystniejsza jest o 39,20 % od wartości zamówienia dla V części zamówienia. Okoliczność powyższa sama w sobie nie przesądza, o tym że cena zaproponowana przez PUK w Hajnówce jest rażąco niska, jednakże Odwołujący biorąc pod uwagę własne doświadczenie i swoją kalkulację sporządzoną dla przedmiotowego zamówienia oraz uwzględniając znaczną różnicę pomiędzy wartością szacunkową zamówienia a ofertą wykonawcy wyraził przekonanie, iż cena zaproponowana przez PUK w Hajnówce nie pozwoli temu wykonawcy na osiągnięcie zysku przy realizacji zamówienia. Zdaniem Odwołującego złożona przez tego Wykonawcę kalkulacja po pierwsze ma charakter bardzo ogólny tj. nie sposób właściwie odczytać a tym samym również zweryfikować wielu pozycji, ponieważ Wykonawca nie podał ich składowych ani też równania za pomocą którego wpisaną kwotę osiągnął (np. koszt płace - nie wskazano wysokości jednostkowego wynagrodzenia pracownika; paliwo - nie przedstawiono ceny za 1 litr paliwa oraz ilości kilometrów do przebycia, a także ilości pojazdów świadczących usługę; amortyzacja - nie wskazano ilości amortyzowanych pojemników oraz okresu amortyzacji; pozostałe koszty, pomimo że stanowią 1/4 wszystkich kosztów nie zostały przedstawione jego części składowe). Po drugie złożona kalkulacja zawiera błędne założenia co do wysokości kosztów, które Wykonawca poniesie, a część kosztów nie została w ogóle uwzględniona. Koszty zaniżone przez wykonawcę to w szczególności: paliwo, zużycie materiałów, amortyzacja, wynagrodzenia pracowników. Koszty nieuwzględnione to w szczególności: koszt dzierżawy bazy, ubezpieczenie pojazdów, ubezpieczenie firmy oraz pojemników, leasing śmieciarki, koszty księgowo oraz zatrudnienia koordynatora, RFID, chipy, koszt druku kodów kresowych i naklejek, mycia pojazdów, abonamentu GPS. Zauważył również, że Wykonawca na potwierdzenie prawidłowości przedstawionych wyliczeń nie przedstawił żadnych dowodów, pomimo iż z art 90 ust. 1 ustawy pzp jak i wezwania Zamawiającego taki obowiązek wynikał. Wykonawca zatem w ocenie Odwołującego nie sprostął ciężarowi udowodnienia, iż jego cena nie jest rażąco niska (art. 90 ust. 2 ustawy pzp).

W dniu 27 czerwca 2018 r. wpłynęła do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej odpowiedź Zamawiającego na odwołanie, w której wniósł o oddalenie odwołania w całości. W odpowiedzi jak również w trakcie rozprawy przedstawił uzasadnienie faktyczne i prawne swego stanowiska.

Zamawiający zaznaczył, że w związku ze stwierdzoną różnicą pomiędzy ceną oferty Wykonawcy PUK w Hajnówce a wartością zamówienia powiększoną o należny podatek VAT

zwrócił się do Wykonawcy o wyjaśnienia w trybie art. 90 ust. 1 i 1a ustawy pzp. Zamawiający wskazał przy tym osiem konkretnych elementów, których wyjaśnienia Wykonawcy powinny dotyczyć. Wykonawca udzielił wyczerpujących wyjaśnień w zakresie wymaganych elementów ceny oferty przedstawiając kalkulację i dane liczbowe. Zamawiający po analizie wyjaśnień zwrócił się do Wykonawcy ponownie aby dopytać o wycenę zaoferowanej zwiększonej ilości myć i dezynfekcji pojemników oraz o to czy Wykonawca jest właścicielem pojemników czy zamierza je zakupić (czy uwzględnił koszty rozstawienia i parowania). Wykonawca odpowiedział na wezwanie wyczerpująco, a dokonana analiza wyjaśnień została udokumentowana przez Zamawiającego. Zamawiający stwierdził, że ocena wyjaśnień prowadziła do wniosku, że cena oferty Wykonawcy PUK w Hajnówce nie jest rażąco niska, a zatem Wykonawca nie podlega odrzuceniu.

Zamawiający wskazał, że nie znajduje podstaw by za dowód rażąco niskiej ceny przyjąć „własne doświadczenie i swoją kalkulację” jak podnosił Odwołujący. Wskazał, że Odwołujący jest nową spółką i w całości bazuje na doświadczeniu użyczonym. Odwołujący powinien wykazać, że wyjaśnienia Wykonawcy PUK w Hajnówce są nierzetelne czy niewiarygodne, a nic takiego w odwołaniu nie zostało zawarte. Odwołujący podnosi kwestie różnicy o 39,20%, a była ona wyłącznie istotna do wszczęcia procedury wyjaśnień, a nie do jej wyniku. Nie wiadomo co Odwołujący ma na myśli zarzucając ogólny charakter wyjaśnień i kwestii, że „nie sposób odczytać a tym samym również zweryfikować wielu pozycji”. Odnośnie braku wskazania jednostkowego wynagrodzenia pracownika Zamawiający zaznaczył, że Wykonawca podał liczbę etatów oraz koszty pozwalające ustalić wysokość założonego wynagrodzenia dla jednego pracownika. Jak sam wskazał Odwołujący pozostałe koszty stanowią ¼ kosztów, a zatem niezasadny jest zarzut że pewne koszty nie zostały uwzględnione czy zaniżone.

Zamawiający wskazał, że Odwołujący pominął załącznik do Protokołu z prac komisji przetargowej, z którego wynika oszczędność ustalona w wyniku analizy wyjaśnień Wykonawcy w wysokości 1 372 550,21 zł.

Zamawiający nie zgodził się również ze stwierdzeniem Odwołującego, że Wykonawca PUK w Hajnówce nie przedstawił żadnych dowodów. Do wyjaśnień zostały dołączone dwa załączniki a dowodem prywatnym są wyjaśnienia Wykonawcy. Zgodnie z art. 69 Dyrektywy 2014/24 dostarczone dowody mają w zadowalającym stopniu uzasadnić niski poziom zaoferowanej ceny.

Zamawiający podniósł również, że zgodnie z ugruntowanym orzecznictwem Krajowej Izby Odwoławczej odwołanie powinno wskazywać nie tylko podstawy prawne ale również

precyzyjnie określone okoliczności faktyczne. Podstawy faktyczne złożonego w niniejszej sprawie odwołania są dalekie od skonkretyzowania. Zamawiający wskazał także, że ciężar dowodu, że cena nie jest rażąco niska przechodzi na Zamawiającego bądź Przystępującego dopiero gdy Odwołujący przynajmniej uprawdopodobni podniesiony zarzut. W złożonym odwołaniu Odwołujący temu wymaganiu nie sprostął. Argumentację przedstawianą w tym zakresie na rozprawie będzie należało uznać za spóźnioną z uwagi na art. 192 ust. 7 ustawy pzp. W toku postępowania odwoławczego można przedstawiać dowody na poparcie faktów, w których Odwołujący upatruje naruszenia przepisów, co nie oznacza możliwości przedstawiania nowych faktów odnośnie zarzutów podniesionych w odwołaniu.

W konsekwencji Zamawiający podniósł, że w zarzutach zawartych w treści odwołania Odwołujący nie podważył wyjaśnień dotyczących ceny oferty ani oceny tych wyjaśnień dokonanej przez Zamawiającego, dlatego też nie nastąpiły skutki, o których mowa w art. 190 ust. 1a ustawy pzp a odwołanie nie zasługuje na uwzględnienie.

Na posiedzeniu z udziałem Stron w dniu 2 lipca 2018 r. Odwołujący złożył pismo procesowe wraz z dowodami, w którym zawarł szereg okoliczności faktycznych nie znajdujących odzwierciedlenia w treści wniesionego odwołania.

#### **Izba ustaliła i zważyła, co następuje:**

W pierwszej kolejności ustalono, że odwołanie nie zawiera braków formalnych oraz został uiszczony od niego wpis. Izba ustaliła, że nie zaistniały przesłanki określone w art. 189 ust. 2 ustawy pzp, które skutkowałyby odrzuceniem odwołania.

Izba stwierdziła, że Odwołujący wykazał przesłanki dla wniesienia odwołania określone w art. 179 ust. 1 ustawy pzp, tj. posiadanie interesu w uzyskaniu danego zamówienia oraz możliwości poniesienia szkody w wyniku naruszenia przez Zamawiającego przepisów ustawy pzp. Odwołujący jest podmiotem, którego oferta została sklasyfikowana na drugim miejscu zgodnie z informacją o wyborze najkorzystniejszej oferty. W przypadku uwzględnienia odwołania oferta Odwołującego może zostać uznana za ofertę najkorzystniejszą. Odwołujący może ponieść szkodę przejawiającą się ostatecznie w nieuzyskaniu zamówienia.

Odnosząc się do skuteczności przystąpienia zgłoszonego w dniu 21 czerwca 2018 r. (wpływ bezpośredni do Prezesa Izby) przez wykonawcę Przedsiębiorstwo Usług Komunalnych Sp. z o.o. w Hajnówce Izba stwierdziła, iż wobec nie wskazania interesu w uzyskaniu rozstrzygnięcia na korzyść Zamawiającego w treści zgłoszenia oraz nie przekazania kopii zgłoszenia przystąpienia Odwołującemu Wykonawca nie przystąpił skutecznie do

postępowania odwoławczego po stronie Zamawiającego. Izba podkreśla, że jak wynika z art. 185 ust. 2 ustawy pzp wykonawca może zgłosić przystąpienie do postępowania odwoławczego w terminie 3 dni od dnia otrzymania kopii odwołania, wskazując stronę, do której przystępuje, i interes w uzyskaniu rozstrzygnięcia na korzyść strony, do której przystępuje. Kopię zgłoszenia przesyła się zamawiającemu oraz wykonawcy wnoszącemu odwołanie. Wskazanie interesu oraz przekazanie kopii przystąpienia stronom są więc warunkami koniecznymi skuteczności przystąpienia. Zgłaszający przystąpienie nie udowodnił na posiedzeniu przekazania kopii przystąpienia Odwołującemu. Potwierdzenie takie nie zostało dołączone również do zgłoszenia przekazanego do Izby. Ponadto w treści zgłoszonego przystąpienia nie wskazano interesu w uzyskaniu rozstrzygnięcia na korzyść Zamawiającego. W ocenie Izby jest to istotny brak formalny, gdyż Ustawodawca połączył obowiązek wskazania interesu przez wykonawcę z prawem zamawiającego i odwołującego do zgłoszenia opozycji przeciwko przystąpieniu. W myśl art. 185 ust. 4 ustawy pzp skuteczne zgłoszenie opozycji kwantyfikowane jest uprawdopodobnieniem braku interesu wykonawcy w rozstrzygnięciu na korzyść strony do której przystąpił. Zatem brak wskazania interesu uniemożliwia próbę oceny zasadności, a następnie wykonania prawa zamawiającego i odwołującego do zgłoszenia opozycji.

Izba dopuściła dowody z całości dokumentacji przedmiotowego postępowania, w tym w szczególności: protokół postępowania, protokół z prac komisji przetargowej z dnia 16 i 24 maja 2018 r., ogłoszenie o zamówieniu, postanowienia specyfikacji istotnych warunków zamówienia (SIWZ), ofertę Wykonawcy PUK w Hajnówce, informację z otwarcia ofert, wezwanie Zamawiającego skierowane do Wykonawcy PUK w Hajnówce w trybie art. 90 ust. 1 i 1a ustawy pzp z dnia 8 maja 2018 r., odpowiedź Wykonawcy na ww. wezwanie z dnia 14 maja 2018 r. wraz z załącznikami, wezwanie Zamawiającego do dalszych wyjaśnień z dnia 16 maja 2018 r. i odpowiedź Wykonawcy PUK w Hajnówce z dnia 21 maja 2018 r., opinię z dnia 22 maja 2018 r., zawiadomienie o wyborze najkorzystniejszej oferty z dnia 7 czerwca 2018 r., odwołanie z dnia 18 czerwca 2018 r. wraz z załącznikami, zgłoszenie przystąpienia, odpowiedź na odwołanie wraz z załącznikami, pismo procesowe Odwołującego wraz z załącznikami.

**Na podstawie tych dokumentów, jak również biorąc pod uwagę oświadczenia, stanowiska i dowody złożone przez strony w trakcie posiedzenia i rozprawy, Krajowa Izba Odwoławcza ustaliła i zważyła:**

Odwołanie podlegało oddaleniu.

1. art. 7 ust. 1 i 3 ustawy pzp oraz art. 89 ust. 1 pkt 4 i 90 ust. 3 ustawy pzp, poprzez dokonanie wyboru oferty PUK w Hajnówce w V części zamówienia, a tym samym zaniechanie jej odrzucenia pomimo, iż zawierała ona cenę rażąco niską,

2. art. 90 ust. 2 ustawy pzp, poprzez błędne uznanie, iż PUK w Hajnówce udowodniło, że zaproponowana przez Wykonawcę w ofercie cena pozwoli mu na osiągnięcie zysku w realizacji zamówienia, w sytuacji gdy Wykonawca nie przedstawił stosownych dowodów.

W zakresie podniesionych zarzutów Izba ustaliła następujący stan faktyczny:

W pkt 23. SIWZ IDW Opis sposobu obliczenia ceny określono: *23.1. Cena musi uwzględniać wszystkie wymagania niniejszej SIWZ oraz obejmować wszelkie koszty, jakie poniesie Wykonawca z tytułu należytej oraz zgodnej z obowiązującymi przepisami realizacji przedmiotu zamówienia. 23.2. Ceną oferty jest kwota brutto wymieniona w Formularzu Oferty – odpowiednio dla Części. 23.3. Cenę oferty należy obliczyć zgodnie z Formularzem Cenowym stanowiącym załącznik nr 7a-7f do IDW (odpowiednio dla danej Części). 23.4. W cenie ofertowej należy uwzględnić podatek VAT oraz całkowity koszt realizacji pełnego zakresu usług stanowiących przedmiot zamówienia. Cena brutto podana w Formularzu Oferty winna zawierać wszystkie koszty bezpośrednie, koszty pośrednie, ryzyko oraz zysk. W cenie powinny być również uwzględnione wszystkie podatki, ubezpieczenia, opłaty transportowe, itp. 23.5. Wykonawca powinien uwzględnić w cenie Oferty wszystkie posiadane informacje o przedmiocie zamówienia a szczególnie informacje, wymagania i warunki podane w niniejszej SIWZ pozwalające na prawidłowe wykonanie zamówienia.*

Zgodnie z informacją z otwarcia ofert Wykonawca PUK w Hajnówce zaoferował wykonanie zamówienia w części V za cenę ofertową brutto 2 935 053,00 zł, natomiast Odwołujący za cenę ofertową brutto 4 814 415,00 zł. Szacunkowa wartość zamówienia powiększona o należny podatek VAT wynosiła 4 827 346,19 zł.

Ustalono, że Zamawiający pismem z dnia 8 maja 2018 r. wezwał w trybie art. 90 ust. 1 i 1a ustawy pzp Wykonawcę PUK w Hajnówce do złożenia wyjaśnień oraz dowodów dotyczących ceny w zakresie wskazanym w art. 90 ust. 1 ustawy pzp. Ponadto Zamawiający poinformował, że cena złożonej oferty na część V była niższa o 39,20% od wartości zamówienia (powiększonej o należny podatek od towarów i usług). Wskazał również, że: *Wyjaśnienia powinny wskazywać, że realizacja czynności składających się na przedmiot zamówienia jest możliwa za zaoferowaną cenę oraz, że jest to cena umożliwiająca należyte wykonanie umowy. Wyjaśnienia powinny również dotyczyć następujących elementów, które Pełnomocnik Zamawiającego brał pod uwagę przy ustalaniu wartości zamówienia: 1. Odbiór 10 frakcji odpadów z częstotliwością zapewniającą należyte wykonanie przedmiotu:*

*zmieszane odpady komunalne (niesegregowane), papier, szkło, łącznie metale, tworzywa sztuczne i opakowania wielomateriałowe; odpady zielone, odpady ulegające biodegradacji ze szczególnym uwzględnieniem bioodpadów, odpady wielkogabarytowe, popiół i żużel z palenisk domowych, odbiór przeterminowanych leków i opakowań po lekach, odbiór odpadów elektrycznych i elektronicznych ZSEiE; 2. Zakup worków do zbierania 5 frakcji odpadów w zabudowie jednorodzinnej: papier, szkło, łącznie metale, tworzywa sztuczne i opakowania wielomateriałowe, odpady zielone, popiół i żużel z palenisk domowych; 3. Mycie pojemników; 4. Amortyzacja pojazdów w ilości zapewniającej należyte wykonanie przedmiotu Umowy; 5. Amortyzacja pojemników w ilości zapewniającej należyte wykonanie przedmiotu Umowy; 6. Rozstawienie i parowanie pojemników w miejscach gromadzenia odpadów; 7. Koszty eksploatacji taboru; 8. Koszty osobowe.*

W odpowiedzi Wykonawca PUK w Hajnówce pismem z dnia 14 maja 2018 r. poinformował, iż: *podczas wyliczania ceny zamówienia i jego realizacji zamierzamy korzystać z posiadanego w przedsiębiorstwie pojazdu dwukomorowego o numerze rejestracyjnym BI 9729X, pozwalającego na jednoczesny odbiór dwóch różnych rodzajów odpadów. Zabudowa takiej śmieciarki jest podzielona na dwie niezależne części, a każda z nich posiada swój uchwyt do podnoszenia pojemników, zasyp oraz osobne urządzenia prasujące. Ważne, że każda z tych komór jest ważona i opróżniana osobno, tak więc odpady nie mieszają się na żadnym z etapów odbioru i transportu. Śmieciarka dwukomorowa będzie realizowała dwa rodzaje transportów: podczas jednego kursu będzie odbierała jednocześnie odpady biodegradowalne i odpady zmieszane albo tworzywa sztuczne oraz szkło opakowaniowe. W związku z powyższym znacząco zostają obniżone koszty eksploatacyjne pojazdu jak i koszty samego odbioru odpadów od mieszkańców. Wprowadzenie takich rozwiązań pozwala nam na szereg korzyści: - połączenie wydajności i ładowności, które pozwala na optymalizację trasy przejazdu śmieciarki zarówno pod względem ekonomicznym jak i ekologicznym czyli obniżone koszty i zmniejszone zużycie paliwa. Posiadamy ponad dwuletnie doświadczenie w odbieraniu odpadów z sektora V w Białymstoku, a to pozwala nam na optymalne ułożenie tras przejazdów, ograniczenie zużycia paliwa i kosztów eksploatacji pojazdów. Wykonawca przedstawił następnie szacunek własnych kosztów odbioru odpadów dla sektora V z terenu miasta Białystok używając śmieciarek dwukomorowych, w tym ujął również koszty transportu oraz ważenia. Wykonawca wskazał, że w kosztach transportu zostały wkalkulowane wynagrodzenia dla 2 kierowców i 4 ładowaczy, amortyzacja używanych śmieciarek, podatek od nieruchomości, podatek od środków transportu, zużycie materiałów, zużycie paliwa oraz pozostałe koszty. Wykonawca przedstawił koszt zakupu worków, mycia pojemników, amortyzacji pojemników, i kontenerów, koszty rozstawienia i parowania pojemników.*

Wskazał również na zysk na poziomie 10%. Przedstawił także porównanie kosztów przy użyciu śmieciarek jednokomorowych i zaznaczył, że wykorzystując śmieciarki dwukomorowe deklarowana przez Przedsiębiorstwo Usług Komunalnych w Hajnówce wartość zamówienia 2 935 053,00 zł jest znacznie niższa od wartości zamówienia, co może powodować złudne wrażenie rażąco niskiej ceny, gdyż była niższa o 39,20% od szacunkowej wartości zamówienia tj. 4 827 346,19 zł brutto. Natomiast gdy wykonamy kalkulację tego samego sektora w oparciu o śmieciarki jednokomorowe to uzyskana cena zamówienia jaką jest 3 850 492,22 zł jest już niższa o 20,24% i nie nosi znamion rażąco niskiej ceny. Wykonawca załączył do wyjaśnień ksero dowodu rejestracyjnego śmieciarki BI 9729X oraz specyfikację śmieciarki dwukomorowej.

Następnie ustalono, że pismem z dnia 16 maja 2018 r. Zamawiający ponownie zwrócił się do Wykonawcy PUK w Hajnówce o wyjaśnienie i wskazał: 1) Koszty mycia pojemników. Wykonawca w przekazanych wyjaśnieniach z dnia 14.05.2018r nie ujął wyceny zaoferowanych w Ofercie w Części V zwiększenia ilości myć i dezynfekcji pojemników poprzez wykonanie trzech dodatkowych myć i dezynfekcji pojemników w terminach: pierwsze - 01.07.2019 r. — 31.08.2019 r., drugie - 01.07.2020 r. — 31.08.2020 r. trzecie - 01.07.2021 r. — 31.08.2021 r. (zgodnie z zapisem pkt 24.2.1 ppkt 2 IDW). Z przedstawionej kalkulacji wynika, że Wykonawca skalkulował koszty mycia pojemników 2 razy/rok w ciągu 36 miesięcy tj., wycenił czynności określone w pkt 3.1. Pojemniki ppkt 1 (str. 20) Opisu Przedmiotu Zamówienia (TOM III SIWZ). Ponadto, Wykonawca nie przedstawił rozwiązań technicznych dających oszczędności w wykonaniu myć i dezynfekcji pojemników w zestawieniu z rozwiązaniem przyjętym przez Pełnomocnika Zamawiającego tj. użycie specjalistycznych pojazdów, tzw. śmieciarko-myjek, które poza odbieraniem odpadów są przystosowane do oczyszczania powierzchni pojemników. 2) Amortyzacja pojemników. Prosimy o uszczegółowienie informacji dotyczącej kosztów amortyzacji pojemników O w następującym zakresie: Czy wszystkie, potrzebne do realizacji zamówienia, pojemniki podlegają amortyzacji? Pojemniki podlegające amortyzacji są nowe czy używane? 3) Rozstawienie i parowanie pojemników. Prosimy o uszczegółowienie informacji dotyczącej kalkulacji kosztów rozstawienia i parowania pojemników poprzez wskazanie metody wykonania zamówienia oraz jeżeli występują, wyjątkowo sprzyjających warunków wykonania zamówienia dostępnych dla Wykonawcy.

W odpowiedzi z dnia 21 maja 2018 r. Wykonawca PUK w Hajnówce wyjaśnił: Ad. 1 Podtrzymujemy deklarację wykonania trzech dodatkowych ilości myć i dezynfekcji pojemników w terminach: pierwsze - 01.07.2019 r. — 31.08.2019 r., drugie - 01.07.2020 r. —

31.08.2020 r., trzecie - 01.07.2021 r. — 31.08.2021 r. Z przedstawionej kalkulacji wynikało, że skalkulowany został koszt mycia pojemników 2 razy/rok. Wystąpił tutaj błąd pisarski i powinno być 3 razy/roku. Koszty poniesione podczas mycia i dezynfekcji pojemników 48 000 zł będą wyglądały następująco: wynajęcie myjki do mycia pojemników — 3500 zł x 9 myć 31 500 zł, pozostałe koszty 16 500 zł to koszty wynagrodzenia pracowników oraz koszty paliwa. Koszty te będą ograniczone ze względu na posiadane przez nas ponad dwu i pół letnie doświadczenie odbioru odpadów komunalnych w sektorze V Białegostoku. Optymalne ułożenie tras przejazdu mycia pojemników oraz doświadczenie pracowników w myciu pozwala nam skrócić sam czas mycia, co ogranicza koszty paliwa jak i roboczogodziny. Dodatkowo w zwartym obszarze rejonu V nie ponosimy kosztów przejazdów pomiędzy miejscowościami tak jak np. w innych gminach wiejskich z których odbieramy odpady komunalne. Ad. 2 Przy dostarczaniu pojemników do realizacji zadania zamierzamy korzystać z pojemników które są amortyzowane, a kalkulacja obejmuje pojemniki które będą zakupione przez firmę. Ad. 3 Koszty rozstawiania i parowania pojemników będą ograniczone ze względu na: znajomość rejonu V miasta Białegostoku ze względu na usług odbioru odpadów w latach 2014-2016 co pozwoli na ograniczenie przejeżdżanych kilometrów, rozstawianie pojemników będzie odbywało się samochodem używanym, amortyzowanym, będącym naszą własnością, koszty parowania pojemników będą również ograniczone ponieważ posiadamy bazę sparowanych pojemników z lat 2014-2016, natomiast do sparowania pozostaną nowe punkty MGO.

Zgodnie z art. 89 ust. 1 pkt 4 ustawy pzp zamawiający odrzuca ofertę, jeżeli zawiera rażąco niską cenę lub koszt w stosunku do przedmiotu zamówienia. Obowiązek wykazania, że oferta nie zawiera rażąco niskiej ceny lub kosztu spoczywa na wykonawcy (art. 90 ust. 2 ustawy pzp). Artykuł 90 ust. 3 ustawy pzp stanowi, że zamawiający odrzuca ofertę wykonawcy, który nie udzielił wyjaśnień lub jeżeli dokonana ocena wyjaśnień wraz ze złożonymi dowodami potwierdza, że oferta zawiera rażąco niską cenę lub koszt w stosunku do przedmiotu zamówienia.

W pierwszej kolejności Izba wskazuje, że podziela w pełni stanowisko zawarte w wyroku KIO 1187/17 z dnia 26 czerwca 2017 r. oraz wyroku KIO 2165/17 z dnia 6 listopada 2017 r., zgodnie z którymi Izba wskazuje, że w ramach środków ochrony prawnej następuje - w zakresie wyznaczonym treścią zarzutów odwołania - kontrola poprawności działania Zamawiającego (podejmowanych przez niego czynności w postępowaniu bądź bezprawnych zaniechań), pod względem zgodności z przepisami ustawy. Zakres rozstrzygnięcia – zgodnie z art. 192 ust. 7 ustawy wyznacza treść odwołania – kwestionowana w nim czynność, oraz

*przede wszystkim podniesione zarzuty. Zgodnie z treścią tego przepisu, Izba nie może orzekać co do zarzutów, które nie były zawarte w odwołaniu. Zgodnie z treścią art. 180 ust. 3 ustawy (analogicznie stanowi § 4 rozporządzenia Prezesa Rady Ministrów z 22 marca 2010 r. w sprawie regulaminu postępowania przy rozpatrywaniu odwołań), odwołanie powinno wskazywać czynność lub zaniechanie czynności Zamawiającego, której zarzuca się niezgodność z przepisami ustawy, zawierać zwięzłe przedstawienie zarzutów, określać żądanie oraz wskazywać okoliczności faktyczne i prawne uzasadniające wniesienie odwołania. Tym samym należy podkreślić, że właśnie określone w ww. przepisie wymogi konstrukcyjne odwołania przesądzają, że treść zarzutu nie jest ograniczona wyłącznie do twierdzeń zawartych we wstępnej części odwołania (petitum), a dotyczy również okoliczności faktycznych zawartych w sformułowanej przez Odwołującego argumentacji. Odwołanie powinno wyrażać zastrzeżenia wobec dokonanych przez Zamawiającego czynności lub zaniechań, co oznacza obowiązek zaprezentowania przez Odwołującego nie tylko podstawy prawnej takich zastrzeżeń, ale przede wszystkim argumentacji odnoszącej się postulowanej oceny. Oznacza to zatem konieczność odniesienia się do elementów stanu faktycznego, jak również podjętych czynności lub zaniechań Zamawiającego w taki sposób, który pozwoli na uznanie, że podniesione zostały konkretne zarzuty wobec tych czynności lub zaniechań przypisanych Zamawiającemu. [...] O treści zarzutu decyduje przytoczona podstawa faktyczna, wskazane przez danego Odwołującego okoliczności faktyczne, wskazywane uzasadnienie [...]. Wskazać należy, iż odwołanie nie może mieć charakteru ogólnego, powinno konkretyzować zarzuty, nakierowane na uwzględnienie odpowiadających im żądań, wskazywać okoliczności faktyczne i prawne, które pozwalają na dokonanie oceny zasadności tych zarzutów. Wskazanie jedynie podstawy prawnej bez podania faktycznej argumentacji nie stanowi skonkretyzowania uchybień, z których Odwołujący wyprowadza dla siebie korzystne wnioski. Podkreślić należy, że w orzecznictwie wskazuje się, że postępowanie odwoławcze jest postępowaniem kontradyktoryjnym. Istota kontradyktoryjności zawiera się natomiast w ograniczeniu roli organu/sądu prowadzącego postępowanie, a pozostawieniu inicjatywy w zakresie podejmowanych czynności stronom - uczestnikom postępowania, które zaangażowane są w spór. To strony - uczestnicy postępowania wyznaczają zakres rozpoznania sprawy, składając odpowiednie wnioski o charakterze dyspozytywnym. Ten wniosek wyznacza zakres rozstrzygnięcia postępowania, określa jego ramy, wskazując zarazem intencje Odwołującego. Poznanie pełnej, właściwej treści zarzutów, żądań, okoliczności faktycznych i prawnych oraz załączonych dowodów zawartych w odwołaniu złożonym w terminie określonym przez prawo, pozwala na prawidłową ocenę zarzutów.*

Przenosząc powyższe rozważania na realia rozpoznawanej sprawy zauważenia wymaga, że Odwołujący sformułował przedmiotowe zarzuty w sposób wadliwy, z tego powodu, że okoliczności faktyczne stanowiące podstawy zarzutów przedstawił w odwołaniu jedynie na przykładach. Odwołujący wymienił jedynie koszty, które jego zdaniem są zaniżone oraz koszty nieuwzględnione w cenie oferty PUK w Hajnówce. Taka sytuacja jest oczywiście niedopuszczalna, zarzuty muszą być bowiem sformułowane w odwołaniu, w terminie określonym na jego wniesienie. Określenie zarzutu nie może ograniczyć się do podania jego kwalifikacji prawnych i wypunktowania elementów oferty, których zarzut dotyczy, ale musi towarzyszyć temu przedstawienie okoliczności faktycznych i prawnych, w których Odwołujący upatruje naruszenia przepisów. Elementy te muszą być przedstawione w odwołaniu na tyle precyzyjnie, żeby strona przeciwna mogła się do zarzutów merytorycznie odnieść (ewentualnie uwzględnić odwołanie), niedopuszczalne jest natomiast precyzowanie zarzutów dopiero w toku rozprawy czy w piśmie procesowym złożonym na rozprawie. Wobec tego ocenie Izby mogły podlegać tylko te kwestie, które w sposób formalnie prawidłowy zostały zakwestionowane w odwołaniu.

Odwołujący upatrywał rażąco niskiej ceny oferty PUK w Hajnówce opierając się na własnym doświadczeniu (doświadczeniu podmiotu z grupy kapitałowej Odwołującego) i swojej kalkulacji oferty, a także na znaczącej różnicy pomiędzy ceną oferty a wartością szacunkową zamówienia powiększoną o należny podatek VAT, wskazując że Wykonawca nie będzie mógł osiągnąć zysku. Jak sam Odwołujący zauważa w odwołaniu, sama różnica pomiędzy ceną ofertową a wartością szacunkową nie przesądza o tym, że cena jest rażąco niska. Ponadto koszty wykonania zamówienia są zależne od właściwości samego wykonawcy, od jego struktury organizacyjnej, obrotu, przyjętej polityki firmy, czy możliwości uzyskania korzystniejszych cen czy ofert. Koszty Odwołującego nie mogą zatem stanowić odzwierciedlenia kosztów jakie powinien ponieść każdy wykonawca. Konieczne jest nie tylko wskazanie, że kwestionowane ceny są niskie, ale należy przedstawić jak kształtują się ceny rynkowe oraz wykazać, że są to elementy w sposób wymierny wpływające na całkowitą cenę oferty, czego Odwołujący w złożonym odwołaniu zaniechał.

Odwołujący wskazywał również na zbyt ogólny charakter wyjaśnień Wykonawcy PUK w Hajnówce i niemożliwość odczytania czy zweryfikowania wielu pozycji. Nie zostało przy tym wykazane, że wskazane w odwołaniu elementy nie zostały w cenie uwzględnione. Do wniosku takiego nie uprawnia niewyspecyfikowanie w wyjaśnieniach elementów składowych w takich stopniu szczegółowości, który obrazowałby dokładnie wszystkie szczegóły ceny, zwłaszcza że nie zostało wykazane, aby były to na tyle istotne składowe, że dla uznania wyjaśnień za wystarczające konieczne było ich wyszczególnienie. Zamawiający określił w

wezwaniami, które części składowe uznaje za istotne i wymagające wyjaśnienia. W odpowiedzi Wykonawca PUK w Hajnówce odniósł się do każdego z tych elementów, pozostałe koszty zostały ujęte w jednej zbiorczej pozycji. Ponadto jak podnosił Zamawiający część pozycji np. wysokość zakładanego minimalnego wynagrodzenia za pracę można było wyliczyć na podstawie przedstawionych kalkulacji i wyjaśnień. Podkreślenia wymaga przy tym, że nałożony na wykonawcę wezwanego do wyjaśnień obowiązek wykazania realności ceny (art. 90 ust. 2 ustawy pzp) nie może być interpretowany jako zwolnienie Odwołującego z wszelkich obowiązków dowodowych czy też z konieczności przedstawienia przekonującej argumentacji na poparcie swoich twierdzeń. Odwołujący we wniesionym odwołaniu nie przedstawił argumentacji w tym zakresie.

Chybiony jest również zarzut dotyczący braku przedłożenia dowodów do wyjaśnień. Wykonawca takie dowody przedłożył. Treść art. 90 ust. 1 ustawy pzp nie wskazuje, iż dowody muszą zostać złożone w odniesieniu do każdego elementu ceny oferty. Wystarczającym jest złożenie dowodów uwiarygadniających wyjaśnienia wykonawcy. Wykonawca PUK w Hajnówce jako główną przyczynę niższej ceny wskazał zastosowanie śmieciarki dwukomorowej, a w celu udowodnienia argumentacji zawartej w wyjaśnieniach przedstawił dokumenty dotyczące tej śmieciarki, co jest wystarczającym dowodem urzeczywistniającym cenę oferty Wykonawcy.

W ocenie Izby Wykonawca PUK w Hajnówce w odpowiedzi na wezwania Zamawiającego przedstawił wyczerpujące wyjaśnienia, kalkulacje oraz dowody pozwalające uznać cenę za rzeczywistą i wiarygodną. Wobec powyższego Zamawiający nie naruszył ustawy pzp uznając, że oferta Wykonawcy PUK w Hajnówce nie zawiera rażąco niskiej ceny.

Mając na względzie powyższe orzeczono jak w sentencji.

O kosztach postępowania orzeczono na podstawie art. 192 ust. 9 i 10 ustawy pzp stosownie do wyniku sprawy oraz zgodnie z § 3 pkt 1 i 2 oraz § 5 ust. 3 pkt 1 rozporządzenia Prezesa Rady Ministrów z dnia 15 marca 2010 r. w sprawie wysokości i sposobu pobierania wpisu od odwołania oraz rodzajów kosztów w postępowaniu odwoławczym i sposobu ich rozliczania (Dz. U. z 2018 r. poz. 972) zaliczając na poczet niniejszego postępowania odwoławczego koszt wpisu od odwołania uiszczony przez Odwołującego oraz zasądzając od Odwołującego

na rzecz Zamawiającego koszty zastępstwa prawnego w wysokości 3 600,00 zł na podstawie faktury Vat złożonej przez Zamawiającego na rozprawie.

**Przewodniczący:** .....