

WYROK

z dnia 4 lipca 2018 r.

Krajowa Izba Odwoławcza - w składzie:

Przewodniczący: Renata Tubisz

Protokolant: Marta Słoma

po rozpoznaniu na rozprawie w Warszawie w dniu 4 lipca 2018 r odwołania wniesionego do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej w dniu 20 czerwca 2018 r. **przez odwołującego:** K.S. prowadzący działalność gospodarczą pod firmą P.H.U. PAVER K.S. ul. Sienkiewicza 58/A; 29-1000 Włoszczowa w postępowaniu prowadzonym **przez zamawiającego:** Gmina Radków; 29-135 Radków 99

z udziałem przystępującego: Małopolskie Przedsiębiorstwo Gospodarki Odpadami Sp. z o.o. z siedzibą w Krakowie ul. Barska 12, 30-307 Kraków **po stronie zamawiającego**

orzeka:

1. uwzględnia odwołanie i nakazuje zamawiającemu unieważnienie wyboru najkorzystniejszej oferty, nakazuje odrzucenie oferty wykonawcy wybranego a w konsekwencji nakazuje ponowne badanie i ocenę oraz wybór najkorzystniejszej oferty.
2. kosztami postępowania obciąża Gminę Radków; 29-135 Radków 99
i
 - 2.1. zalicza w poczet kosztów postępowania odwoławczego kwotę 7.500 zł 00 gr (słownie: siedem tysięcy pięćset złotych zero groszy) uiszczoną przez K.S. prowadzący działalność gospodarczą pod firmą P.H.U. PAVER K.S. ul. Sienkiewicza 58/A; 29-1000 Włoszczowa tytułem wpisu od odwołania
 - 2.2. zasądza od Gminy Radków; 29-135 Radków 99 kwotę 7.500 zł 00 gr (słownie: siedem tysięcy pięćset złotych zero groszy) na rzecz K.S. prowadzący działalność gospodarczą pod firmą P.H.U. PAVER K.S. ul. Sienkiewicza 58/A; 29-1000

Włoszczowa stanowiącą koszty postępowania odwoławczego poniesione z tytułu wpisu od odwołania

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

Przewodniczący:

Uzasadnienie

Pismem z dnia 20 czerwca 2018 r. do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej ul. Postępu 17a 02-676 Warszawa w postępowaniu prowadzonym przez Gminę Radków 29-135 Radków 99 zwaną dalej „zamawiającym” wniesione zostało odwołanie przez K.S. prowadzącego działalność gospodarczą pod firmą P.H.U. PAVER K.S. ul. Sienkiewicza 58 A 29-100 Włoszczowa reprezentowany przez radcę prawnego M.Z., zwany dalej „odwołującym”.

Prowadzone postępowanie o udzielenie zamówienia publicznego dotyczy „Odbierania i zagospodarowania odpadów komunalnych z terenu Gminy Radków z nieruchomości, na których zamieszkują mieszkańcy”.

Ogłoszenie o zamówieniu ukazało się w Biuletynie Zamówień Publicznych w dniu 26 kwietnia 2018 r. pod numerem 550130-N-2018; zamawiający zamówieniu nadał numer: GKRO.271.3.2018; wartość zamówienia: poniżej 221000,00 EURO.

ODWOŁANIE

Działając na podstawie art. 180 ust. 1, art. 180 ust. 2 pkt 6, art 182 ust. 1 pkt 2) w związku z art. 179 ustawy z dnia 29 stycznia 2004 r. Prawo zamówień publicznych (t.j. Dz. U. z 2017 r., poz.1579 z późn. zm.), zwanej dalej „ustawą Pzp”, wniesiono odwołanie wobec czynności zamawiającego wyboru oferty najkorzystniejszej w postępowaniu o udzielenie zamówienia publicznego na: Odbieranie i zagospodarowanie odpadów komunalnych z terenu Gminy Radków z nieruchomości, na których zamieszkują mieszkańcy”.

Czynnościom Zamawiającego zarzucono:

- naruszenie art. 90 ust. 3 ustawy Pzp poprzez zaniechanie odrzucenia oferty złożonej przez Małopolskie Przedsiębiorstwo Gospodarki Odpadami Sp. z o.o., ul. Barska 12, 30-307 Kraków (zwane dalej MPGO Sp. z o.o.), mimo nie złożenia przez MPGO Sp. z o.o. wyjaśnień, które potwierdzałyby, że oferta nie zawiera rażąco niskiej ceny w stosunku do przedmiotu zamówienia, na skutek błędnej oceny zamawiającego treści wyjaśnień złożonych przez MPGO Sp. z o.o.;

- naruszenie art. 91 ust. 1 ustawy Pzp poprzez dokonanie wyboru oferty, niebędącej ofertą najkorzystniejszą spośród niepodlegających odrzuceniu ofert złożonych w niniejszym postępowaniu.

Odwołujący wiadomość o okolicznościach stanowiących podstawę złożenia odwołania powziął w dniu 15 czerwca 2018 r. tj. w dniu otrzymania od zamawiającego drogą elektroniczną informacji o wyniku postępowania. Mając na uwadze powyższe, niniejsze

odwołanie zostaje wniesione z zachowaniem ustawowego terminu, o którym mowa w art.182 ust. 1 pkt 2) ustawy Pzp.

Odwołujący jest legitymowany do wniesienia niniejszego środka ochrony prawnej albowiem ma interes w uzyskaniu niniejszego zamówienia i może ponieść szkodę w wyniku naruszenia przez zamawiającego w/w przepisów ustawy Pzp. Odwołujący złożył bowiem ofertę, która winna zostać uznana za najkorzystniejszą spośród ofert złożonych w przedmiotowym postępowaniu. Oferta odwołującego uzyskała drugą w kolejności punktację w ramach kryteriów oceny ofert, co w konsekwencji oznacza, że zostałaby uznana za najkorzystniejszą, gdyby zamawiający dokonał czynności oceny ofert w sposób zgodny z przepisami ustawy Pzp i odrzucił ofertę złożoną przez MPGO Sp. z o.o. Tym samym - uwzględnienie niniejszego odwołania spowoduje, że oferta odwołującego zostanie uznana za najkorzystniejszą spośród ofert złożonych w niniejszym postępowaniu. Utrzymanie zatem w mocy czynności zamawiającego wyboru oferty najkorzystniejszej dokonanych z naruszeniem przepisów ustawy Pzp spowoduje powstanie po stronie odwołującego szkody w postaci utraconych korzyści, jakie uzyskałby odwołujący w wyniku realizacji niniejszego zamówienia, gdyby oferta odwołującego została uznana za najkorzystniejszą. Powyższe czyni odwołującego legitymowanym do wniesienia niniejszego środka ochrony prawnej.

Mając na uwadze powyższe, odwołujący wnosi o nakazanie zamawiającemu:

- 1) unieważnienia czynności wyboru oferty najkorzystniejszej;
 - 2) powtórzenia czynności oceny złożonych ofert;
 - 3) odrzucenia oferty złożonej przez MPGO Sp. z o.o. z uwagi na niezłożenie wyjaśnień, które potwierdzałyby, że cena złożonej przez MPGO Sp. z o.o. oferty nie nosi znamion rażąco niskiej
- oraz
- 4) dokonania wyboru oferty odwołującego jako najkorzystniejszej;
 - 5) ewentualnie: nakazanie zamawiającemu wezwania MPGO Sp. z o.o. do złożenia ponownych wyjaśnień (uzupełnienia treści wyjaśnień i przedłożenia dowodów, że cena nie jest rażąco niska).

Odwołujący przedstawił uzasadnienie formalne i prawne odwołania.

W dniu 15 czerwca 2018 r. zamawiający poinformował odwołującego o dokonaniu w niniejszym postępowaniu oferty złożonej przez zwane dalej MPGO Sp. z o.o., jako najkorzystniejszej to jest oferty przystępującego w sprawie po stronie zamawiającego.

Z treści dokumentacji postępowania wynika, że zamawiający pismem z dnia 4 czerwca 2018 r. wezwał MPGO Sp. z o.o. do złożenia wyjaśnień, w tym złożenia dowodów dotyczących wyliczenia ceny, w szczególności w zakresie określonym w art. 90 ust. 1 pkt 1), 2), 3), 4) ustawy Pzp.

W odpowiedzi na powyższe wezwanie MPGO Sp. z o.o. - pismem z dnia 8 czerwca 2018 r, złożyło wyjaśnienia, w którym przedstawiono planowane koszty w wysokości 8.628,18 zł miesięcznie z rozbiem na koszty zagospodarowania odpadów, koszty transportu, w tym paliwo i robocizna, oraz koszty dostarczenia worków. MPGO Sp. z o.o. wskazało ponadto, iż pozostała kwota różnicy pomiędzy ceną ofertową netto w przeliczeniu miesięcznym (10.166,67 zł) a wskazaną kwotą kosztów, czyli kwota 1.484,49 zł zawiera planowany zysk oraz inne koszty (koszty ogólne, amortyzacja, ubezpieczenia, remonty, itp.).

Odwołujący wskazuje, iż kalkulacja przedstawiona przez MPGO Sp. z o.o. jest sporządzona zbyt ogólnie oraz w sposób, który uniemożliwia ustalenie faktycznych kosztów ponoszonych przez MPGO Sp. z o.o. Z treści złożonych wyjaśnień nie wynikają żadne szczegółowe informacje, które w jakikolwiek sposób odnosiłyby się do kalkulacji ceny, mimo że Zamawiający jednoznacznie wezwał do potwierdzenia, że zaproponowana cena jest realna. Na podstawie złożonych wyjaśnień Zamawiający miał ustalić, czy cena została obliczona realnie i czy Wykonawca będzie w stanie zrealizować przedmiotowe zamówienie. Domniemanie rażąco niskiej ceny pojawiło się na skutek rozbieżności pomiędzy ceną oferty złożonej przez MPGO Sp. z o.o., a wartością szacunkową zamówienia i cenami pozostałych ofert. Zamawiający w wezwaniu wskazał, iż Wykonawca powinien wykazać, co spowodowało możliwość obniżenia ceny oraz w jaki stopniu dzięki wskazanym czynnikom cena została obniżona. Tymczasem w piśmie z dnia 8 czerwca 2018 r. MPGO Sp. z o.o. nie odniosło się do poszczególnych elementów wyliczenia ceny oraz nie przedstawiło szczegółowych wyliczeń ponoszonych kosztów, a ponadto MPGO Sp. z o.o. nie wskazało jakie czynniki i w jakim stopniu spowodowały obniżenie ceny.

Mając na uwadze lakoniczność wyjaśnień przedstawionych przez MPGO Sp. z o.o. należy stwierdzić, iż MPGO Sp. z o.o. nie złożyło wyjaśnień, co powinno skutkować odrzuceniem złożonej przez nie oferty na podstawie art. 90 ust. 3 ustawy Pzp, w myśl którego 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.

Zgodnie z art. 90 ust. 2 ustawy Pzp obowiązek wykazania, że oferta nie zawiera rażąco niskiej ceny lub kosztu spoczywa na wykonawcy. Jak zauważyła Krajowa Izba Odwoławcza w wyroku z dnia 20 lutego 2012 r., KIO 109/12, KIO 125/12. www.uzp.gov.pl. "wszczenie przez zamawiającego procedury wyjaśniającej (niezakwestionowane w terminie przez odwołującego się) ustanawia domniemanie prawne zaoferowania przez wzywanego do złożenia wyjaśnień wykonawcę ceny rażąco niskiej".

Obowiązku tego MPGO Sp. z o.o. z całą pewnością nie dopełniło, ani nie zostały przedstawione żadne dowody co do elementów oferty, mających wpływ na wysokość ceny. Przechodząc do szczegółów odwołujący wskazuje, że:

- 1) Odpady nie są rozdzielone na poszczególne frakcje. Cena za 1 Mg każdej z frakcji jest różna. Z kalkulacji nie wynika jakie odpady Wykonawca przyjął do wyceny. Nie przedstawił żadnych dowodów, w tym faktur, na podstawie których skalkulował ilość i koszt zagospodarowania odpadów. Ponadto według Rozporządzenia Rady Ministrów następuje zmiana stawki opłat za korzystanie ze środowiska w roku 2019 o 30 zł za każdy Mg, a w roku 2020 roku o kolejne 100 zł za każdy Mg zmieszanych odpadów komunalnych, co w przypadku gminy Radków oznacza dodatkowe 1000 zł miesięcznie kosztów za przekazanie odpadów komunalnych na instalację RIPOK. Biorąc pod uwagę miesięczną cenę ofertową, stanowi to 1/10 ceny. Opłaty za pozostałe frakcje odpadów również ulegają zmianie. Z kalkulacji nie wynika, aby ta podwyżka została uwzględniona.
- 2) Koszt paliwa również nie wyszczególnia ilości kilometrów, średniego zużycia paliwa oraz ilości kilometrów do przejechania z bazy Wykonawcy, poruszania się po terenie gminy, transportu odpadów na instalację oraz powrotu na bazę Wykonawcy.
- 3) Koszt robocizny nie wyszczególnia ilości pracowników oraz tego na jakich warunkach będą uczestniczyć przy wykonaniu zamówienia. Zamawiający jako jedno z kryteriów oceny oferty podał: liczebność kadry kierowniczej posiadającej specjalistyczne przygotowanie do zarządzania gospodarką odpadami. Wykonawca zaoferował dwie osoby o takim przygotowaniu jednak z kalkulacji nie wynika czy zostały one uwzględnione w kosztach. Ponadto nie wiadomo czy Wykonawca uwzględnił coroczny wzrost minimalnego wynagrodzenia za pracę.
- 4) Koszt dostarczenia worków jest znacznie zaniżony. Wykonawca nie podaje szczegółowo ilości worków w danym kolorze oraz ich grubości, która jest wymagana przez zamawiającego. Ponadto nie przedstawił ceny jednostkowej zakupu oraz żadnych dokumentów potwierdzających cenę.
- 5) Kwota 1484,49 zł podana jako zysk oraz zawierająca inne koszty nie została przedstawiona w sposób umożliwiający jej weryfikację. Wykonawca nie podał kosztów ubezpieczenia,

amortyzacji, remont pojazdów, które jak twierdzi zawierają się w tej kwocie. Z takiego przedstawienia pozostałych kosztów może wynikać, iż Wykonawca w ogóle nie osiągnie zysku, bo wskazana kwota właściwie zostanie przeznaczona na inne koszty.

6) Ponadto Wykonawca nie podał do kalkulacji pozostałych kosztów mających wpływ na kwotę usługi, tj:

Według SIWZ punkt III Opis przedmiotu zadania podpunkt 7d) Zamawiający wymaga aby odpady budowlane i rozbiórkowe z samodzielnie prowadzonych remontów nie wymagających pozwolenia ani zgłoszenia - odbiór odpadów gromadzonych w odpowiednich kontenerach dostarczanych przez Wykonawcę na zgłoszenie właściciela, Wykonawca pomija ten znaczący element cenotwórczy w swojej kalkulacji;

Koszty podatków od środków transportowych;

Koszty prowadzenia dokumentacji przez pracowników biurowych;

Koszty związane z obowiązkiem zainstalowania i obsługi systemu pozycjonowania satelitarnego w pojazdach wykonujących usługę;

Koszty utrzymania i amortyzacji bazy magazynowo transportowej;

koszty mycia i dezynfekcji pojazdów.

Według poglądów doktryny: „Do zakwalifikowania oferty do dalszego postępowania nie jest wystarczające złożenie jakichkolwiek wyjaśnień, lecz muszą to być wyjaśnienia wskazujące, że cena oferty nie jest nierealistyczna. Zaistnienie po stronie wykonawcy obiektywnych czynników wpływających na obniżenie ceny oferty, powinno być udowodnione. Wykonawca, który składa wyjaśnienia w zakresie rażąco niskiej ceny powinien bowiem wskazać, co spowodowało obniżenie ceny, jak również to, w jakim stopniu wskazany czynnik wpłynął na jej obniżenie (zob. wyrok KIO z dnia 18 grudnia 2012 r., KIO 2659/12. www.uzp.gov.pir (J.E. Nowicki, A. Bazan „Prawo zamówień publicznych. Komentarz”, Lex 2015).

Po uzyskaniu wyjaśnień zamawiający obowiązany jest dokonać oceny ich treści pod kątem tego czy wskazane w wyjaśnieniach okoliczności oraz przedstawione przez wykonawcę dowody potwierdzają, że cena złożonej przez niego oferty nie nosi znamion rażąco niskiej oraz dokonać odpowiednich czynności przewidzianych przepisami ustawy Pzp. W sytuacji, gdy wyjaśnienia nie zostały złożone - zamawiający obowiązany jest ofertę odrzucić na podstawie art. 90 ust. 3 ustawy Pzp.

W niniejszym postępowaniu, MPGO Sp. z o.o. nie udzielił wyjaśnień na żaden z punktów wezwania zamawiającego, wobec czego nie dopełnił obowiązku udzielenia wyjaśnień w odniesieniu do ceny oferty, co powodowało, iż Zamawiający obowiązany był ofertę MPGO Sp. z o.o. odrzucić na podstawie art. 90 ust. 3 ustawy Pzp. Tymczasem zamawiający w okolicznościach zaistniałego stanu faktycznego w sposób bezkrytyczny przyjął treść złożonego pisma jako wyjaśnienia w zakresie rażąco niskiej ceny i dokonał wyboru oferty złożonej przez MPGO Sp. z o.o. jako najkorzystniejszej w sposób całkowicie bezpodstawny i

nieuprawniony. W ocenie odwołującego niedopełnienie obowiązku złożenia wyjaśnień w zakresie rażąco niskiej ceny powinno w każdym przypadku skutkować odrzuceniem oferty. Zamawiający zaniechał czynności odrzucenia oferty MPGO Sp. z o.o., przez co naruszył art. 90 ust. 3 ustawy Pzp.

Warto w tym miejscu wskazać na stanowisko Prezesa UZP wyrażone w informacji o wyniku kontroli uprzedniej nr - UZP/DKUE/KU/25/16, w którym postawiono zamawiającemu zarzut naruszenia art. 90 ust. 3 ustawy Pzp poprzez zaniechanie odrzucenia oferty wykonawcy, który nie złożył wyjaśnień, w tym dowodów dotyczących elementów oferty mających wpływ na wysokość ceny w sytuacji, w której złożono wyjaśnienia ogólne i niepoparte dowodami.

W wyroku z dnia 1 marca 2017 r., sygn. akt KIO 238/17 Krajowa Izba Odwoławcza w sposób jednoznaczny uznała, iż w sytuacji złożenia przez wykonawcę wyjaśnień niewystarczających - ogólnych i nie zawierających elementów kalkulacji - Zamawiający nie ma podstaw do ponownego wezwania do złożenia wyjaśnień, lecz powinien ofertę odrzucić na podstawie art. 90 ust. 3 ustawy Pzp : „Odwołujący trafnie w ocenie Izby wywodził, iż zgodnie z art. 90 ust. 1 Prawa zamówień publicznych obowiązkiem wykonawcy wezwanego, tak jak powyżej, jest złożenie przekonujących wyjaśnień, że zaproponowana cena nie zawiera rażąco niskiej ceny. W przypadku natomiast, gdy przedłożone wyjaśnienia nie są przekonujące co do tego, że wykonanie przedmiotu zamówienia za cenę zaoferowaną w ofercie będzie możliwe, tym samym potwierdzają istnienie ceny rażąco niskiej w danej ofercie, i zamawiający obligatoryjnie, na podstawie art. 90 ust. 3 Prawa zamówień publicznych powinien odrzucić tę ofertę. Tymczasem, według odwołującego, pismo z dnia 29 listopada 2016r., ujawnione na obecnym etapie odwołującemu, złożone przez E. jako wyjaśnienie ceny rażąco niskiej nie zawiera żadnych elementów wyjaśnień. Rzeczywiście, podano w nim tylko rozbiecie ceny na poszczególne składniki. Z przepisu art. 90 ust. 3 Prawa zamówień publicznych wprost wynika, że przedstawienie wyjaśnień, które są niewystarczające, skutkuje odrzuceniem oferty. Z pisma zamawiającego - wezwania z dnia 6 grudnia 2016 r. do kolejnych wyjaśnień, wynika jednoznacznie, że zamawiający uznał wyjaśnienia E. za niewystarczające: "W związku z wyjaśnieniami otrzymanymi w dniu 31.11.2016r. zamawiający informuje, że wykonawca nie potwierdził wyczerpująco, iż cena zaproponowanej przez niego oferty nie jest rażąco niska. Wykonawca nie określił należycie szczegółowo elementów oferty mających wpływ na wysokość jej ceny, o tym mówi art. 90 ust. 1 ustawy Prawo zamówień publicznych". Rację zatem miał Odwołujący twierdząc, że w tych okolicznościach kolejne wezwanie nie może być uznane za prawidłowe. W przepisach Prawa zamówień publicznych nie została sformułowaną zasada „jednokrotnego wzywania”, ale w ocenie Izby wzywaniu „do skutku” jednego z wykonawców po stwierdzeniu, że jego wyjaśnienia nie sprostają wymogowi wykazania poziomu zaoferowanej ceny prowadzi do naruszenia podstawowych zasad udzielania zamówień publicznych, wynikających z art. 7

Prawa zamówień publicznych. Jest to pogląd jednolicie prezentowany w orzeczeniach Krajowej Izby Odwoławczej. Nie można uznać za prawidłową czynności, jaką będzie kolejne wezwanie, w której Zamawiający nie dąży do wyjaśnienia treści złożonych przez wykonawcę wyjaśnień, a prowadzi pertraktacje i polemikę ze złożonymi wyjaśnieniami, wskazując bezpośrednio na niewycenienie przez wykonawcę wszystkich elementów oferty: wobec treści wyjaśnień złożonych przez Odwołującego, w ocenie Izby, brak podstaw do wezwania do złożenia dodatkowych wyjaśnień w przedmiocie rażąco niskiej ceny. Zdaniem Izby stoi temu na przeszkodzie przepis art. 90 ust. 1 w zw. z art. 90 ust. 3 Prawa zamówień publicznych, który określonych okolicznościach kreuje dla Zamawiającego obowiązek wezwania do złożenia wyjaśnień, czemu Zamawiający sprostał, jednakże wobec otrzymanych wyjaśnień na podstawie art. 90 ust. 3 Prawa zamówień publicznych, Zamawiający zobowiązany był zająć stanowisko i dokonać ich oceny. Rolą Zamawiającego nie jest dokonywanie wielokrotnej oceny wyjaśnień składanych wobec kolejnych wezwań Zamawiającego (sygn. akt KIO 1099/15). Wobec powyższych okoliczności, pismo z dnia 29 listopada 2016 r. będące odpowiedzią E. na wezwanie Zamawiającego do wyjaśnienia ceny rażąco niskiej i konstatacja Zamawiającego w kolejnym wezwaniu, iż złożone do tej pory wyjaśnienia są niewystarczające - prowadzi do odrzucenia oferty na podstawie art. 89 ust. 1 pkt 4 w zw. z art. 90 ust. 3 Prawa zamówień publicznych, dlatego orzeczono jak w sentencji" (wyrok z dnia 1 marca 2017 r., sygn. akt KIO 238/17).

W wyroku z dnia 10 listopada 2016 r., sygn. akt KIO 2017/16 KIO stwierdziła, iż składane przez Wykonawcę wyjaśnienia w zakresie rażąco niskiej ceny powinny obejmować konkretne analizy i wyliczenia, uznając ich brak w treści złożonego przez Wykonawcę pisma za przesłankę odrzucenia oferty. KIO stwierdza: „dla wyjaśnienia elementów ceny mających wpływ na jej wysokość istotne są właśnie konkretne wartości i ich wpływ na cenę. Stanowisko wykonawcy, który nie wskazuje realnych i konkretnych, budzi uzasadnione wątpliwości, ponieważ wykonawca ten skalkulował cenę oferty i winien wiedzieć, na podstawie czego i w jaki sposób mógł obniżyć cenę oferty. Tymczasem złożone przez przystępującego wyjaśnienia w żaden sposób nie uzasadniają kwot wskazanych przez niego w formularzu ofertowym. Nie sposób ocenić, czy przyjęte stawki są stawkami realnymi, skoro nie zostały poparte żadną kalkulacją, pozwalającą na ustalenie wartości kosztów. Wobec braku jakichkolwiek konkretnych danych, ocena zasadności przyjętych wartości jest po prostu niemożliwa”.

Zgodnie z konsekwentnie podtrzymywanym w doktrynie i orzecznictwie poglądem: "O cenie rażąco niskiej można mówić wówczas, gdy oczywiste jest, że przy zachowania reguł rynkowych wykonanie umowy przez wykonawcę byłoby dla niego nieopłacalne. Rażąco niska cena jest to cena niewiarygodna, oderwana całkowicie od realiów rynkowych. Przykładem może być oferowanie towarów poniżej kosztów zakupu lub wytworzenia albo

oferowanie usług za symboliczną kwotę" (Sąd Okręgowy w Katowicach w Wyroku z dnia 30 stycznia 2007 r., sygn. akt XIX Ga 3/07). W wyroku z dnia 13 stycznia 2009 r., sygn. akt KIO/UZP 1492/08 KIO stwierdza: „Dla uznania, że cena jest rażąco niska konieczne jest wykazanie, że przy określonym przedmiocie zamówienia nie jest możliwe wykonanie zamówienia za oferowaną cenę, bez ryzyka ponoszenia strat przez wykonawcę. Podobnie - Krajowa Izba Odwoławcza w wyroku z dnia 16 czerwca 2010 r., KIO 1055/10 stwierdza: „Tak więc, ceną rażąco niską jest cena niepokrywająca wydatków wykonawcy związanych z realizacją zamówienia, cena nierealna w relacji do cen rynkowych podobnych zamówień, cena niewiarygodna, oderwana od realiów rynkowych, za którą wykonanie należyte zamówienia nie jest możliwe. Warto zauważyć, iż zgodnie ze stanowiskiem Urzędu Zamówień Publicznych: „za ofertę z rażąco niską ceną można 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. Przyczyną wyraźnie niższej ceny od innych ofert może być albo świadome działanie wykonawcy albo nierzetelność kalkulacji wykonawcy, co grozi nienależytym wykonaniem lub niewykonaniem zamówienia w przyszłości* (www.uzp.gov.pl).

Cena złożonej przez MPGO Sp. z o.o. oferty w sposób znaczący odbiega od cen rynkowych, co powoduje, iż domniemanie rażąco niskiej ceny ma w okolicznościach zaistniałego stanu faktycznego nie tylko wymiar prawny, lecz realny. Należy podkreślić, iż Zamawiający nie dopełnił obowiązków rzetelnej oceny ofert sugerując się jedynie niską ceną, wybierając ofertę MPGO Sp. z o.o. na podstawie kalkulacji uwzględniającej 3 ogólnie opisane aspekty cenotwórcze, nie poparte żadnymi dowodami pomimo, iż w wezwaniu do złożenia wyjaśnień Zamawiający nakazał przekazanie takich dowodów potwierdzających możliwość wykonania usługi za zaoferowaną cenę. Odwołujący wnosi o oddalenie odwołania.

Krajowa Izba Odwoławcza ustaliła i zważyła co następuje

Izba, na podstawie przeprowadzonych na rozprawie dowodów: z dokumentów zawartych w dokumentacji postępowania o udzielenie zamówienia publicznego, przekazanej do akt sprawy przez zamawiającego oraz wyjaśnień, oświadczeń stron i przystępującego w złożonych pismach jak i na rozprawie, ustaliła i zważyła jak poniżej.

Zamawiający w związku ze złożonymi ofertami w prowadzonym postępowaniu na odbiór i zagospodarowanie odpadów komunalnych od mieszkańców gminy, przeprowadził procedurę wyjaśnienia rażąco niskiej ceny, która objęła wykonawcę wybranego to jest wykonawcę

przystępującego po jego stronie w niniejszym postępowaniu odwoławczym.

Procedurę wynikającą z art.90 ustawy zamawiający wszczął pismem z dnia 4 czerwca 2018 roku – pismo wezwanie wykonawcy wybranego w aktach sprawy jak również załącznik do odwołania.

Z treści tego pisma wynika podstawa prawna wezwania to jest podano zarówno art.90 ust.1 jak i ust.1a ustawy czyli zarówno sam zamawiający powziął wątpliwość co do wysokości zaoferowanej ceny jak i zaszły przesłanki ustawowe zobowiązujące zamawiającego do wezwania z urzędu wykonawcy, którego oferta jest niższa co najmniej o 30 % od szacunku zamawiającego jak i średniej arytmetycznej cen złożonych ofert.

Zarówno w postępowaniu przetargowym przed zamawiającym jak i w postępowaniu odwoławczym wykonawca nie kwestionował zasadności jego wezwania do złożenia wyjaśnień na okoliczność podejrzenia rażąco niskiej ceny.

Co do wezwania to Izba ustaliła, że wyczerpuje ono treść przepisu art.90 ust.1 ustawy Pzp. w zakresie obowiązku udzielenia przez wykonawcę nie tylko wyjaśnień ale również złożenia dowodów jak i wskazuje ono na przykładowo wymienione w tym przepisie podstawy do zaoferowania ceny poniżej szacunku zamawiającego wymieniając okoliczności regulowane treścią art.90 ust.1 pkt 1),2),3),4) ustawy.

Podsumowując wezwaniem tym zamawiający kwituje obowiązek wykonawcy następująco: „Wykonawca powinien wykazać co spowodowało możliwość obniżenia ceny oraz w jakim stopniu dzięki wskazanym czynnikom cena została obniżona”. Zamawiający również pouczył wykonawcę o treści art.90 ust.2 ustawy czyli o ustawowym obowiązku wykonawcy udowodnienia, że oferta nie zawiera rażąco niskiej ceny. Również wykonawca został pouczony o skutkach nie udzielenia wyjaśnień lub sytuacji gdy ocena wyjaśnień wraz ze złożonymi dowodami potwierdzi, że oferta zawiera rażąco niską cenę w stosunku do przedmiotu zamówienia.

Jak już wyżej Izba wskazała wykonawca nie zakwestionował wezwania do wyjaśnień zarzutu rażąco niskiej ceny i w dniu 8 czerwca 2018 roku złożył wyjaśnienia wraz kalkulacją w jednym piśmie mieszczącym się na półtora strony– pismo wykonawcy wybranego w aktach sprawy jak również jako załącznik do odwołania.

W pierwszej kolejności Izba wskazuje na okoliczność, że do pisma nie załączono żadnych dowodów w postaci faktur, rachunków, ofert czy też innych dokumentów, oświadczeń potwierdzających zasadność przyjęcia kwot wymienionych w tzw. kalkulacji kosztów zaoferowanej ceny w ofercie odwołującego.

Z kolei sam dokument o nazwie „Kalkulacja kosztów wywozu odpadów gmina Radków V 2018” nie jest kalkulacją a jedynie zestawieniem pozycji końcowych elementów kalkulacji takich jak: koszty zagospodarowania odpadów, koszty transportu, koszty worków. Z kolei podając kolejną kwotę tzw. Kalkulacji wykonawca wezwany wskazuje, że obejmuje ona

zarówno: planowany zysk oraz inne koszty to jest koszty ogólne, amortyzacja, ubezpieczenia, remonty, itp., bez zastosowania jakiegokolwiek podziału tejże kwoty.

W ocenie Izby przedstawienie tylko samego podziału łącznej kwoty miesięcznej świadczenia usługi na poszczególne elementy kosztu jak również kwoty bez podziału na poszczególne elementy, nie może być zakwalifikowane jako dokument kalkulacji inaczej kosztorysu. Bowiem cechą kosztorysu jest wyliczenie poszczególnych pozycji od szczegółu do ogółu.

Ponadto w żadnym elemencie tego pisma – wyjaśnienia nie ma wskazania na okoliczności leżące po stronie wykonawcy, które wpłynęły na zaoferowanie ceny poniżej szacunku zamawiającego czy też średniej arytmetycznej złożonych ofert to jest poniżej 30 procent wyceny. Tym samym wykonawca wybrany nie wskazał jakie okoliczności przyczyniły się do obniżenia ceny w stosunku do wyceny zamawiającego czy też pozostałych wykonawców a to jest zasadniczy cel wyjaśnień wskazanych w art.90 ustawy i konsekwentnie w wezwaniu z dnia 4 czerwca 2018 roku.

W ocenie Izby analiza przedłożonych wyjaśnień, w piśmie wykonawcy wybranego z dnia 8 czerwca 2018 roku, jednoznacznie wskazuje na nieudzielenie wyjaśnień i dowodów o których mowa w art. 90 ust.1 ustawy.

W związku z powyższym zamawiający miał obowiązek ustawowy odrzucić ofertę wykonawcy wybranego zgodnie z treścią art.90 ust.3 ustawy („Zamawiający odrzuca ofertę wykonawcy, który nie udzielił wyjaśnień”).

Izba uwzględniając ustalony w sprawie stan faktyczny i prawny nie znajduje podstaw do ponownego wezwania wykonawcy wybranego/przystępującego w sprawie po stronie zamawiającego do złożenia wyjaśnień w kontekście treści pisma zamawiającego z dnia 4 czerwca 2018 roku. Również deklaracja wykonawcy wybranego w piśmie z dnia 8 czerwca 2018 roku do udzielenia dalszych wyjaśnień nie wywołuje żadnego skutku prawnego wobec nie wypełnienia obowiązku złożenia wyjaśnień w myśl art.90 ust.1 ustawy w związku z pismem zamawiającego z dnia 4 czerwca 2018 roku.

W tym stanie rzeczy odwołanie wniesione w trybie art.180 ust.2 pkt 6 ustawy to jest na czynność wyboru najkorzystniejszej oferty w związku z naruszeniem przez zamawiającego art.90 ust.3 ustawy przez zaniechanie odrzucenia oferty wykonawcy wybranego to jest przystępującego w sprawie po stronie zamawiającego, który nie złożył wyjaśnień zasługuje na uwzględnienie.

W związku z powyższym orzeczono jak w sentencji wyroku na podstawie art.192 ust.2 ustawy, ponieważ naruszenie przepisu ustawy ma wpływ na wynik postępowania w związku ze złożoną ofertą przez odwołującego.

O kosztach orzeczono stosownie do wyniku sprawy zgodnie z art. 192 ust.9 i 10 ustawy oraz § 3 pkt 1 w związku z § 5 ust.2 pkt 1) Rozporządzenia Prezesa Rady Ministrów z dnia 15 marca 2010r. w sprawie wysokości i sposobu pobierania wpisu od odwołania oraz rodzajów kosztów

w postępowaniu odwoławczym i sposobu ich rozliczania (Dz. U. 2010r. nr 41 poz.238 zm. Dz.U. 2017r.) zaliczając uiszczony wpis przez odwołującego w kwocie 7.500,00 zł. w koszty postępowania odwoławczego i zasądzając od zamawiającego na rzecz odwołującego kwotę 7.500,00 złotych jako koszty obejmujące uiszczony wpis odwołującego.

Przewodniczący: