

Sygn. akt: KIO 490/23

WYROK
z dnia 9 marca 2023 roku

Krajowa Izba Odwoławcza - w składzie:

Przewodniczący: Justyna Tomkowska

Protokolant: Oskar Oksiński

po rozpoznaniu na rozprawie w dniu **6 marca 2023 roku** w **Warszawie** odwołania wniesionego do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej w dniu **22 lutego 2023 roku** przez wykonawcę **STARE MIASTO – PARK Spółka z ograniczoną odpowiedzialnością z siedzibą w Wierzawicach** (Odwołujący)

w postępowaniu prowadzonym przez Zamawiającego – **Gminę Adamówka z siedzibą w Adamówce**

orzeka:

1. Uwzględnia odwołanie i nakazuje Zamawiającemu unieważnienie czynności wyboru oferty najkorzystniejszej, powtórzenie czynności badania i oceny ofert, w tym odrzucenie oferty Wykonawcy Zakład Gospodarki Komunalnej Spółka z ograniczoną odpowiedzialnością z siedzibą w Tryńczy na podstawie art. 226 ust. 1 pkt 8 ustawy Pzp w związku z art. 224 ust. 5 i 6 ustawy Pzp;
2. kosztami postępowania obciąża **Zamawiającego – Gminę Adamówka z siedzibą w Adamówce**, 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 - STARE MIASTO – PARK Spółka z ograniczoną odpowiedzialnością z siedzibą w Wierzawicach** tytułem wpisu od odwołania,

b. zasądza od **Zamawiającego – Gminy Adamówka z siedzibą w Adamówce na rzecz Odwołującego - STARE MIASTO – PARK Spółka z ograniczoną odpowiedzialnością z siedzibą w Wierzawicach** kwotę **11 100 zł 00 gr** (słownie: jedenastu tysięcy stu złotych 00/100 groszy) stanowiącą uzasadnione koszty Strony poniesione tytułem wpisu od odwołania i wynagrodzenia pełnomocnika.

Stosownie do art. 579 i 580 ustawy z dnia 11 września 2019 r. - Prawo zamówień publicznych (tekst jednolity Dz.U.2022 r., poz. 1710 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:

.....

UZASADNIENIE

Zamawiający: Gmina Adamówka z siedzibą w Adamówce prowadzi postępowanie o udzielenie zamówienia publicznego pn.: „Odbiór odpadów komunalnych z nieruchomości zamieszkałych z terenu Gminy Adamówka”. Ogłoszenie o zamówieniu zostało opublikowane w Biuletynie Zamówień Publicznych w dniu 21 grudnia 2022 r. pod numerem: 2022/BZP 00509478/01.

W dniu 22 lutego do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej w Warszawie, na podstawie art. 513 w zw. z art. 505 ust. 1 ustawy z dnia 11 września 2019 r. Prawo zamówień publicznych (t.j.: Dz. U. z 2022 r., poz. 1710 ze zm.), dalej jako „Pzp”, odwołanie dotyczące prowadzonego postępowania złożył wykonawca STARE MIASTO – PARK Spółka z ograniczoną odpowiedzialnością z siedzibą w Wierzawicach, dalej jako „Odwołujący”.

Odwołanie złożono wobec czynności Zamawiającego polegających na:

- 1) wyborze oferty wykonawcy Zakład Gospodarki Komunalnej w Tryńczy sp. z o.o. (dalej jako „Wykonawca ZGK”) jako najkorzystniejszej w postępowaniu;
- 2) skierowaniu do Wykonawcy ZGK ponownego wezwania do złożenia wyjaśnień ceny jego oferty pomimo tego, że w odpowiedzi na pierwsze wezwanie do wyjaśnień ceny Wykonawca ZGK złożył wyjaśnienia nierzetelne, ogólnikowe, gołosłowne i niepotwierdzające prawidłowości zaoferowanej ceny, a także pozbawione stosownych dowodów, które potwierdzałyby realność i rynkowość zaoferowanej ceny oraz możliwość wykonania przedmiotu zamówienia zgodnie z wymaganiami określonymi w dokumentach zamówienia lub wynikającymi z odrębnych przepisów, co powinno skutkować odrzuceniem oferty, a nie umożliwieniem Wykonawcy ZGK sanowania własnych zaniechań, popełnionych na etapie składania pierwotnych wyjaśnień ceny;
- 3) zaniechaniu odrzucenia oferty Wykonawcy ZGK w sytuacji, gdy jego oferta zawiera rażąco niską cenę w stosunku do przedmiotu zamówienia, a co najmniej w sytuacji, gdy Wykonawca ZGK nie udźwignął ciężącego na nim ciężaru dowodowego wykazania, że jego oferta nie zawiera ceny rażąco niskiej.

Zaskarżonym czynnościom Odwołujący zarzucał naruszenie:

- 1) art. 224 ust. 1 Pzp w zw. z art. 226 ust. 1 pkt 8 Pzp w zw. z art. 224 ust. 5 i 6 Pzp w zw. art. 16 pkt 1 Pzp poprzez skierowanie do Wykonawcy ZGK ponownego wezwania do złożenia wyjaśnień ceny jego oferty pomimo tego, że w odpowiedzi na pierwsze wezwanie do wyjaśnień ceny Wykonawca ZGK złożył wyjaśnienia nierzetelne, ogólnikowe, gołosłowne i niepotwierdzające prawidłowości zaoferowanej ceny, a także pozbawione stosownych dowodów, które potwierdzałyby realność i rynkowość zaoferowanej ceny oraz możliwość wykonania przedmiotu zamówienia zgodnie z wymaganiami określonymi w dokumentach

zamówienia lub wynikającymi z odrębnych przepisów, co powinno skutkować odrzuceniem oferty, a nie umożliwieniem Wykonawcy ZGK sanowania własnych zaniechań, popełnionych na etapie składania pierwotnych wyjaśnień ceny;

2) art. 226 ust. 1 pkt 8 Pzp w zw. z art. 224 ust. 5 i 6 Pzp w zw. art. 16 pkt 1 Pzp poprzez zaniechanie odrzucenia oferty Wykonawcy ZGK w sytuacji, gdy zawiera rażąco niską cenę w stosunku do przedmiotu zamówienia, a co najmniej w sytuacji, gdy Wykonawca ZGK nie udźwignął ciążącego na nim ciężaru dowodowego wykazania, że jego oferta nie zawiera ceny rażąco niskiej. Przedstawione przez Wykonawcę ZGK wyjaśnienia ceny są nierzetelne, ogólnikowe, gołosłowne i nie zostały poparte wystarczającymi dowodami, które mogłyby być uznane za wiarygodne i adekwatne do twierdzeń Wykonawcy ZGK w zakresie rynkowego charakteru zaoferowanej ceny. Przyjęcie przez Zamawiającego takich wyjaśnień i dokonanie po ich otrzymaniu wyboru oferty Wykonawcy ZGK jako najkorzystniejszej w postępowaniu świadczy o tym, że Zamawiający zaniechał przeprowadzenia pogłębionej, merytorycznej analizy wyjaśnień złożonych przez wykonawcę i poprzestał na jedynie formalnej ich ocenie, co z kolei świadczy o naruszeniu przez Zamawiającego podstawowych zasad prowadzenia postępowania o udzielenie zamówienia publicznego, w tym zasady równego i uczciwego traktowania wykonawców.

Odwołujący wnosił o uwzględnienie odwołania i nakazanie Zamawiającemu dokonania następujących czynności:

- 1) unieważnienia wyboru oferty Wykonawcy ZGK jako najkorzystniejszej w postępowaniu;
- 2) nakazanie Zamawiającemu przeprowadzenia ponownego badania i oceny ofert, a w ramach tej czynności nakazanie Zamawiającemu odrzucenia oferty Wykonawcy ZGK w oparciu o przepis art. 226 ust. 1 pkt 8 Pzp.

Informację o wyborze oferty Zamawiający umieścił na swojej stronie internetowej w dniu 17 lutego 2023 r. (tego samego dnia nastąpiło też sprostowanie informacji), wobec czego termin do wniesienia odwołania został zachowany. Kopia odwołania została prawidłowo przekazana Zamawiającemu a Odwołujący uiszczył wpis w wymaganej wysokości na rachunek UZP.

Odwołujący wskazał, że posiada interes we wniesieniu odwołania, bowiem w wyniku działań i zaniechań Zamawiającego, oferta Wykonawcy ZGK została uznana za najkorzystniejszą, a oferta Odwołującego została sklasyfikowana na drugim miejscu z wynikiem 79,60 pkt w rankingu złożonych ofert. Tymczasem oferta Wykonawcy ZGK zawiera rażąco niską cenę, co powinno skutkować jej odrzuceniem, a w konsekwencji to właśnie oferta Odwołującego powinna być uznana za najkorzystniejszą w rozumieniu SWZ i przepisów prawa. Wskutek wadliwych czynności po stronie Zamawiającego Odwołujący może zostać pozbawiony możliwości uzyskania przedmiotowego zamówienia. Szkoda, jaką

może ponieść Odwołujący w wyniku zaskarżonych czynności Zamawiającego, odpowiada więc co najmniej zyskowi, jaki uzyskałby Odwołujący, realizując zamówienie.

W uzasadnieniu zarzutów odwołania podniesiono, że Zamawiający prowadzi postępowanie o udzielenie zamówienia publicznego, którego przedmiotem jest odbiór odpadów komunalnych od właścicieli nieruchomości zamieszkałych z na terenie Gminy Adamówka.

Zgodnie z Opisem przedmiotu zamówienia (OPZ) zakres usług świadczonych w ramach przedmiotowego zamówienia obejmuje:

- 1) odbiór posegregowanych i zmieszanych odpadów komunalnych od właścicieli nieruchomości z terenu Gminy Adamówka z częstotliwością co najmniej jeden raz w miesiącu;
- 2) przeprowadzenie co najmniej jednej na rok zbiórki odpadów wielkogabarytowych sprzętu elektronicznego, zużytych opon i innych odpadów w formie objazdowej;
- 3) transport posegregowanych i zmieszanych odpadów komunalnych do Regionalnej Instalacji Przetwarzania Odpadów Komunalnych w Giedlarowej;
- 4) zapewnienie mieszkańcom gminy pełnego zestawu worków na odpady na warunkach opisanych w dalszej części specyfikacji;
- 5) odbiór odpadów przeterminowanych leków z pojemników rozmieszczonych w punktach aptecznych oraz zużytych baterii z pojemników w budynkach placówek oświatowych i budynkach administracji publicznej.

Szacunkowa ilość wytworzonych odpadów w okresie od 01.01.2022 - 31.12.2022 r. wynosi 506 Mg i jest wartością orientacyjną. Na terenie gminy występuje 1010 gospodarstw domowych, a przybliżona długość trasy pojazdu odbierającego odpady to około 135 km. Przewidywana liczba osób objętych systemem gospodarowania odpadami w gminie Adamówka to około 4 tys. mieszkańców.

Usługa odbierania odpadów komunalnych obejmuje m.in.:

- 1) niesegregowane (zmieszane) odpady komunalne;
- 2) selektywnie odbierane odpady komunalne (zgodnie z obowiązującym w czasie trwania umowy Regulaminem utrzymania czystości i porządku na terenie Gminy Adamówka) następujących frakcji odpadów:
 - a) papier,
 - b) metale,
 - c) tworzywa sztuczne,
 - d) szkło,
 - e) opakowania wielomateriałowe,
 - f) tekstylia,
 - g) przeterminowane leki i chemikalia,

- h) zużyte baterie i akumulatory,
 - i) zużyty sprzęt elektryczny i elektroniczny,
 - j) meble i inne odpady wielkogabarytowe,
 - k) odpady budowlane i rozbiórkowe;
- 3) odbiór w/w odpadów komunalnych z pojemników lub w workach na odpady komunalne, transport odpadów do Regionalnej Instalacji Przetwarzania Odpadów Komunalnych w miejscowości Giedlarowa, 37-300 Leżajsk zgodnie z zawartym pomiędzy Gminą Leżajsk a Gminą Adamówka porozumieniem międzygminnym;
- 4) opis przeznaczenia poszczególnych worków w podziale na kolory i rodzaj odpadów:
- a) kolor żółty - metale żelazne i nieżelazne, w tym odpady opakowaniowe z metali oraz tworzywa sztuczne, w tym odpady opakowaniowe z tworzyw sztucznych i odpady opakowaniowe wielomateriałowe, z czego pojemniki oznaczone napisem „Metale i tworzywa sztuczne”,
 - b) kolor niebieski - papier i tektura, odpady opakowaniowe z papieru i odpady opakowaniowe z tektury, z czego pojemniki oznaczone napisem „Papier”,
 - c) kolor brązowy - odpady kuchenne ulegające biodegradacji i odpady ulegające biodegradacji (odpady zielone), z czego pojemniki oznaczone napisem „Bio”,
 - d) kolor zielony - szkło kolorowe, w tym odpady opakowaniowe ze szkła, z czego pojemniki oznaczone napisem „Szkło kolorowe”,
 - e) kolor biały - szkło bezbarwne, w tym odpady opakowaniowe ze szkła, z czego pojemniki oznaczone napisem „Szkło bezbarwne”,
 - f) kolor czarny - odpady niesegregowane (zmieszane).

Odbiór selektywnych i zmieszanych odpadów komunalnych zgromadzonych przez właścicieli nieruchomości w pojemnikach i workach następować będzie zgodnie z przyjętym na cały rok z góry i zatwierdzonym przez Zamawiającego harmonogramem odbioru odpadów.

Odbiór odpadów wielkogabarytowych, zużytego sprzętu elektrycznego i elektronicznego, zużytych opon, zużytych baterii i akumulatorów ustala się na co najmniej raz w roku w porze letniej (lipiec/sierpień) z wcześniejszym uzgodnieniem terminu z Zamawiającym.

Wykonawca zobowiązany jest do odbierania odpadów komunalnych w sposób, który zapewni odpowiedni stan sanitarny poprzez zapobieganie wysypywaniu się odpadów z pojemników i worków w czasie odbioru i transportu, a w przypadku wysypania - obowiązany jest do natychmiastowego uprzątnięcia odpadów oraz skutków ich wysypania (plamy, zabrudzenia itp.).

Wykonawca zorganizuje odbiór i transport odpadów, również w przypadkach, kiedy dojazd do punktów zbiórki odpadów komunalnych będzie utrudniony z powodu prowadzonych remontów dróg, zmiany organizacji ruchu drogowego itp.

Wykonawca zobowiązany jest do dotarcia do każdej nieruchomości, położonej na terenie Gminy Adamówka, w terminie określonym w harmonogramie. Ustala się, iż odbiór odpadów komunalnych odbywać się będzie w odległości maksymalnie do 10 m od trasy przejazdu.

Wykonawca zdaje odpady komunalne do Instalacji w Giedlarowej. Fakt ten udokumentowany zostanie poprzez przedstawienie Zamawiającemu raz w miesiącu dokumentów potwierdzających odebranie odpadów. Karta przekazania odpadów przedkładana będzie w formie kopii potwierdzonej za zgodnością z treścią oryginału. Zagospodarowanie odpadów nie stanowi przedmiotu umowy. Koszt związany z zagospodarowaniem odpadów ponosi Zamawiający na podstawie porozumienia międzygminnego zawartego z Gminą Leżajsk.

Wszelkie uwagi zgłaszane przez mieszkańców do Zamawiającego będą niezwłocznie przekazywanej Wykonawcy telefonicznie i/lub za pośrednictwem poczty elektronicznej. Wykonawca jest zobowiązany do udzielenia odpowiedzi i wyjaśnień w terminie 2 dni od dnia zgłoszenia o sposobie załatwienia sprawy telefonicznie i/lub za pośrednictwem poczty elektronicznej.

W ramach przedmiotu zamówienia Wykonawca ma dostarczyć mieszkańcom gminy worki do gromadzenia odpadów zgodnie z OPZ.

Oferty na realizację zamówienia złożyło łącznie 4 wykonawców, z czego trzy oferty mają bardzo zbliżoną do siebie cenę. Wyłącznie oferta Wykonawcy ZGK opiewa na tak niską kwotę – 201.268,58 zł. W związku z tym, że cena oferty Wykonawcy ZGK była niższa o ponad 30% od średniej arytmetycznej cen zaoferowanych przez innych wykonawców, to Zamawiający skierował do wykonawcy wezwanie w zakresie rażąco niskiej ceny.

W dniu 5 stycznia 2023 r. Zamawiający po raz pierwszy poinformował, że uznał ofertę Wykonawcy ZGK za najkorzystniejszą. Wybór ten został zakwestionowany przez Odwołującego w drodze odwołania do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej, w którym zakwestionował następujące czynności Zamawiającego:

- 1) wybór oferty Wykonawcy ZGK jako najkorzystniejszej;
- 2) przyjęcie, że Wykonawca ZGK w sposób prawidłowy i skuteczny zastrzegł jako tajemnicę swojego przedsiębiorstwa całych wyjaśnień złożonych Zamawiającemu w odpowiedzi na wezwanie w trybie art. 224 ust. 1 Pzp, co skutkowało zaniechaniem odtajnienia i udostępnienia Odwołującemu tych wyjaśnień;
- 3) zaniechanie wezwania Wykonawcy ZGK do wyjaśnienia podstawy dysponowania potencjałem technicznym;

4) zaniechanie odrzucenia oferty Wykonawcy ZGK, pomimo wyboru oferty Wykonawcy ZGK jako oferty najkorzystniejszej w związku z zaistnieniem rażąco niskiej ceny (zarzut ewentualny względem zarzutu dotyczącego tajemnicy przedsiębiorstwa).

Pismem z dnia 24 stycznia 2023 r. Zamawiający poinformował, że uwzględnia zarzut Odwołującego, w zakresie dotyczącym zaniechania odtajnienia przez Zamawiającego wyjaśnień ceny, jakie złożył Wykonawca ZGK w odpowiedzi na wezwanie Zamawiającego. Odwołujący złożył z kolei oświadczenie o cofnięciu zarzutu nr 3, który dotyczył zaniechania wezwania Wykonawcy ZGK do wyjaśnienia podstawy dysponowania potencjałem technicznym. Odwołujący wniósł także o umorzenie postępowania odwoławczego w oparciu o przepis art. 522 ust. 3 Pzp.

Postanowieniem z dnia 25 stycznia 2023 r. Krajowa Izba Odwoławcza umorzyła postępowanie odwoławcze (sygn. akt KIO 99/23). W uzasadnieniu orzeczenia Krajowa Izba Odwoławcza wskazała, m.in. że zawarty w odwołaniu z dnia 10 stycznia 2023 r.: „zarzut naruszenia „art. 226 ust. 1 pkt 8 Pzp w zw. z art. 224 ust. 5 i 6 Pzp w zw. z art. 16 pkt 1” był zarzutem ewentualnym, o którego rozpoznanie Odwołujący wniósł wyłącznie w przypadku nieuwzględnienia zarzutu, który Zamawiający uwzględnił. Wobec powyższego Izba uznała, że wszystkie zarzuty przedstawione w odwołaniu zostały uwzględnione przez Zamawiającego bądź wycofane przez odwołującego, co wypełnia hipotezę normy wynikającego z art. 522 ust. 3 Pzp, a w konsekwencji uzasadniało umorzenie postępowania, w związku z czym orzeczono jak w punkcie 1 postanowienia.”.

W dniu 27 stycznia 2023 r. Zamawiający zawiadomił wykonawców, że unieważnił czynność wyboru oferty najkorzystniejszej z dnia 5 stycznia 2023 r. i przystąpił do ponownego badania i oceny ofert. W tym czasie Zamawiający raz jeszcze wezwał Wykonawcę ZGK do udzielenia wyjaśnień ceny.

W dniu 17 lutego 2023 r. Zamawiający poinformował o ponownym wyborze oferty Wykonawcy ZGK jako najkorzystniejszej.

Rażąco niska cena oferty Wykonawcy ZGK (uzasadnienie wspólne dla zarzutu zawartego w pkt 1 i 2 petitum odwołania)

W postępowaniu zostały złożone łącznie cztery oferty, a wykonawcy oferowali świadczenie usługi za następującą cenę:

Kwota, którą Zamawiający przeznaczył na realizację zamówienia: 221 000,00 zł (brutto)

1. Przeworska Gospodarka Komunalna Sp. z o.o. Przeworsk, cena 344 282,40 zł
2. Zakład Gospodarki Komunalnej w Tryńcy Sp. z o.o. Tryńcza, cena 201 268,58 zł
3. STARE MIASTO – PARK Sp. z o.o. Leżajsk, cena 304 935,84 zł
4. Firma Usługowo Handlowa I. N. Łuczyce, cena 332 806,00 zł

W ocenie Odwołującego widać więc wyraźnie, jak rażąco odbiega cena ofertowa Wykonawcy ZGK in minus od cen zaoferowanych przez pozostałych wykonawców, bardzo

do siebie zresztą zbliżonych. Na cztery złożone oferty, tylko oferta Wykonawcy ZGK obejmuje tak niską cenę. Cena ofertowa Wykonawcy ZGK w obecnym postępowaniu pokrywa się z najniższą ceną zaoferowaną w poprzednio prowadzonym postępowaniu, rok temu, gdy tymczasem nie powinno budzić najmniejszych wątpliwości, że obiektywnie wzrosły koszty świadczenia usług z uwagi na aktualną sytuację gospodarczą w kraju. Już sama ta okoliczność powinna wskazywać na to, że oferta Wykonawcy ZGK zawiera rażąco niską cenę (tak wyrok Krajowej Izby Odwoławczej z dnia 7 czerwca 2022 r., sygn. akt: KIO 1390/22).

W tych okolicznościach Zamawiający zobligowany był do wezwania Wykonawcy ZGK do wyjaśnień ceny, co uczynił pismem z dnia 2 stycznia 2023 r. W skierowanym do wykonawcy wezwaniu Zamawiający wnioskował m.in. o wskazanie wyjątkowo korzystnych warunków świadczenia usług i wskazanie kosztów pracy, z uwzględnieniem przepisów z zakresu prawa pracy i zabezpieczenia społecznego. Co kluczowe, Zamawiający wyraźnie zażądał przedstawienia dowodów na poparcie wyliczeń wykonawcy i zastrzegł, że wyjaśnienia powinny być wyczerpujące tak, aby Zamawiający mógł dokonać kompleksowej oceny złożonej przez wykonawcę oferty.

Wykonawca ZGK odpowiedział na wezwanie Zamawiającego w dniu 3 stycznia 2023 r., składając mu dwustronicowe wyjaśnienia ceny, do których dołączył trzy załączniki:

- 1) wyciąg ze średnich cen paliw w grudniu 2022 r. na terenie województwa podkarpackiego;
- 2) „lista płac – wypłata główna”;
- 3) fakturę, która miała stanowić ma podstawę do obliczenia przewidzianych kosztów zakupu worków.

Z uwagi na stopień ogólnikowości złożonych przez Wykonawcę ZGK wyjaśnień ceny oferta tego wykonawcy powinna zostać odrzucona, bez wzywania wykonawcy do przedłożenia dodatkowych wyjaśnień. Trudno bowiem uznać, aby wykonawca sprostał obowiązkowi, jaki nałożony został na niego przepisem art. 224 ust. 5 Pzp.

Już na wstępie Zamawiający powinien był dostrzec, że wyjaśnienia te są lakoniczne, gołosłowne i bez szczegółowej analizy twierdzeń wykonawcy widać, że kalkulacja ceny ofertowej była co najmniej niespójna.

Ze złożonych wyjaśnień wynika, że:

- 1) Wykonawca ZGK przyjął jako średnią cenę paliwa kwotę 7,11 netto za litr, co ma stanowić średnią cenę paliwa w grudniu 2022 r. w województwie podkarpackim.

Odwołujący zauważył, że w swojej kalkulacji Wykonawca ZGK uwzględnił nie cenę 7,11 zł netto za litr paliwa (jak zadeklarował), tylko cenę 6,40 zł netto za litr. Takiego założenia Wykonawca ZGK nie mógł jednak poczynić, bowiem w grudniu 2022 r., w okresie od 1 do 30 grudnia, cena netto jednego litra paliwa nie wyniosła w żadnym

momencie 6,40 zł za litr (vide: wyjaśnienia cen z dnia 3 stycznia 2023 r. i załącznik nr 1 do tych wyjaśnień). Co więcej, w dniu 30 grudnia 2022 r., czyli w momencie składania ofert, cena ta wynosiła 6,895 zł za litr. Oznacza to, że w sytuacji, kiedy w kraju dominowały prognozy wzrostów cen paliw od 1 stycznia 2023 r., Wykonawca ZGK nie miał obiektywnych podstaw do tego, aby przyjmować niższą cenę paliwa niż ta, z okresu poprzedzającego złożenie ofertę. W szczególności wykonawca nie może odwoływać się do danych, które nie były mu znane w momencie, w którym kalkulował cenę ofertową. Odwołujący podkreślił, że obowiązkiem Wykonawcy ZGK na etapie składania wyjaśnień było wykazanie (udowodnienie), że w momencie kalkulowania ceny ofertowej miał faktyczną możliwość zakupu paliwa po cenie 6,40 zł na litr, czego bezsprzecznie nie wykazał.

Odwołujący zauważył, że uwzględniając już w kalkulacji cenę paliwa, do której odwoływał się Wykonawca ZGK w swoich wyjaśnieniach (cena 7,11 zł za litr), to (przy urealnionych wartościach zużycia paliwa przez pojazdy przeznaczone do świadczenia usługi) okazuje się, że wartości podane w wyjaśnieniach Wykonawcy ZGK co do kosztów paliwa są ponad dwukrotnie zaniżone. Odwołujący zaprezentował wyliczenia własne obrazujące realne koszty paliwa dla całego okresu realizacji usługi.

2) Wykonawca ZGK deklaruje, że dokonał (przed złożeniem oferty) analizy rynku, której efektem ma być usprawnienie całego procesu odbioru odpadów przy jednoczesnym maksymalnym ograniczeniu zatrudnienia:

a) czynności ładowacza ma wykonywać jeden pracownik – Odwołujący wskazał, że powyższe założenie budzi wątpliwości z uwagi na konieczność zapewnienia pracownikom bezpiecznych i higienicznych warunków pracy. Z uwagi na charakter pracy, jaką wykonuje ładowacz, która wiąże się m.in. z podnoszeniem odpadów o znacznej wadze, tego typu prace powinny być wykonywane co najmniej przez dwie osoby, w celu zapewnienia asekuracji ze względu na możliwość wystąpienia szczególnego zagrożenia dla zdrowia lub życia ludzkiego. Z tego właśnie względu profesjonalny podmiot z tej branży świadczy usługi odbioru odpadów z wykorzystaniem dwóch ładowaczy. Potwierdza to też doświadczenie życiowe każdego przeciętnego człowieka, który na co dzień na ulicy może obserwować, że w kabinie pojazdu odbierającego odpady (np. śmieciarki) siedzą trzy osoby albo jeden kierowca, a dwóch ładowaczy stoi na specjalnych schodkach z tyłu pojazdu. Co więcej, nie jest możliwe odbieranie odpadów wielkogabarytowych, które również wchodzą w zakres usługi, z wykorzystaniem tylko jednego pracownika – ładowacza. Odwołujący wyjaśnił, że wbrew powszechnie obowiązującym przepisom prawa, w szczególności wbrew regulacjom wynikającym z Prawa o ruchu drogowym, błędem byłoby wykonywanie tych czynności przez kierowcę, który nie może opuszczać pojazdu, gdy silnik jest w ruchu. W trakcie zbiórki odpadów pojazd silnik pojazdu nie jest wyłączany przy każdym punkcie odbioru. Odwołujący podkreślił ponownie, że to obowiązkiem Wykonawcy ZGK na etapie

składania wyjaśnień było wykazanie (udowodnienie), że ma możliwość świadczenia usługi w sposób zgodny z prawem i uwzględniający wymogi SWZ z wykorzystaniem tylko jednego ładowacza (na pojazd), czego bezsprzecznie nie wykazał, ograniczając się wyłącznie do wskazania liczby pracowników, bez wykazania, że takie założenie jest w ogóle możliwe, co nie stanowi o wykazaniu przez wykonawcę szczególnie korzystnych warunków świadczenia usługi;

b) ograniczenie spalania paliwa poprzez zaangażowanie lżejszych, mniej „paliwożernych” pojazdów (spalanie na poziomie 38 litrów na 100 km) – Odwołujący zauważył, że twierdzenia te są całkowicie gołosłowne. Wykonawca ZGK nie dołączył do wyjaśnień umowy najmu pojazdów, która pozwalałaby na identyfikację pojazdów dedykowanych do obsługi zadania; do wyjaśnień nie został dołączony żaden dowód, który obrazowałby, że w ogóle jest możliwe osiągnięcie przez pojazd typu śmieciarka spalania na deklarowanym poziomie. Pojazdy pyłoszczelne (śmieciarki), wykonujące krótkie przejazdy pomiędzy punktami odbioru odpadów, z częstymi postojami na zebranie worków i opróżnianie pojemników (częste ruszanie i zatrzymywanie pojazdu), co wiąże się z wysokim poziomem spalania (w ocenie Odwołującego będzie to ok. 50 l na 100 km). Większość przejazdu pojazdu pyłoszczelnego polega na krótkim przejeździe na niskim biegu lub cofaniu, zatrzymaniu, pracy na włączonej pompie hydraulicznej celem załadunku i skompaktowania odpadów, kolejnego przejazdu, co przekłada się na wysokie zużycie paliwa. Odwołujący podkreślił, że to obowiązkiem Wykonawcy ZGK na etapie składania wyjaśnień było wykazanie, że wykorzystywane przez wykonawcę pojazdy spalają zaledwie 38 litrów na 100 km, czego Wykonawca ZGK bezsprzecznie nie uczynił;

3) Wykonawca założył, że będzie realizował zamówienie przy wykorzystaniu 4 pojazdów.

Odwołujący zauważył, że zgodnie z ofertą Wykonawcy ZGK posiada on jedynie 1 pojazd własny, pozostałe 3 muszą być wynajmowane. Z treści wyjaśnień ceny, jakie wykonawca złożył w dniu 3 stycznia 2022 r. nie wynika w żaden sposób, jakie są miesięczne koszty utrzymania pojazdów ani czy w ogóle zostały one ujęte w kalkulacji ceny. Kalkulacja nie zawiera jakiegokolwiek informacji odnośnie kosztów utrzymania pojazdów, to Wykonawca ZGK nie dołączył do swoich wyjaśnień żadnego dowodu, który obrazowałby te koszty, np. umowę najmu pojazdów, co jest kolejnym potwierdzeniem tego, że Wykonawca ZGK nie wykazał, że zaoferowana przez niego cena nie jest ceną rażąco niską. Tymczasem w wezwaniu do wyjaśnień Zamawiający bezsprzecznie żądał poparcia wyjaśnień ceny stosownymi dowodami.

Średni koszt najmu 1 pojazdu do odbioru odpadów komunalnych to kwota 500 zł netto /dzień. Rynkowy koszt wynajmu 3 pojazdów na okres 24 dni (2 dni w m-cu x 12 m-cy) daje kwotę 36 000 zł, czyli co min. 3 tysiące zł miesięcznie. W wyjaśnieniach ceny

Wykonawca ZGK zwracał uwagę na to, że angażuje do realizacji usługi pojazdy o niskim spalaniu. Oznaczałoby to tyle, że do realizacji usługi musiałyby być zaangażowane pojazdy wyjątkowo ekologiczne i relatywnie nowe, co w oczywisty sposób musi przełożyć się na wysokie koszty najmu pojazdów, których Wykonawca ZGK nie pokazuje w swoich wyjaśnieniach ceny.

4) Wykonawca deklaruje, że w swojej kalkulacji uwzględniłienne koszty zatrudnienia kierowcy na poziomie 241,80 zł, a pracownika na stanowisku ładowacza na poziomie 208,09 zł dziennie, bowiem koszty zatrudnienia kierowcy to 3200 zł netto, a koszty zatrudnienia pracownika na stanowisku ładowacza to 2800 zł netto.

Według Odwołującego dane przyjęte w kalkulacji są zaniżone (także mając na uwadze specyfikę lokalnego rynku i metodologię świadczenia usługi, jaką przyjął wykonawca, który założył świadczenie usługi z uwzględnieniem jednego ładowacza, co przełoży się na wydłużony czas pracy pracownika). Odwołujący zauważył także, że zarówno z tabeli zawartej w wyjaśnieniach ceny, jak i z dowodów przedłożonych przez wykonawcę nie wynika wprost, czy Wykonawca ZGK w swojej ofercie przewidział wzrosty minimalnego wynagrodzenia za pracę, jakie następują w roku 2023. W 2023 roku stawki te wynoszą brutto:

a) 3490 zł (styczeń – czerwiec 2023 r.) i 3600 zł (od 1 lipca 2023 r.) – minimalne wynagrodzenie za pracę,

b) 22,80 zł za godzinę (styczeń – czerwiec 2023 r.) i 23,50 zł za godzinę (od 1 lipca 2023 r.) – minimalna stawka godzinowa.

Uwzględniając wyjaśnienia ceny Wykonawcy ZGK, przyjmując, że jego pracownicy otrzymują wynagrodzenie netto na poziomie 3200 zł i 2800 zł, to pełne obciążenie po stronie pracodawcy, wyniesie odpowiednio 5072 zł i 4365 zł, czego kalkulacja w ogóle nie uwzględnia (a co najmniej kwestia ta nie jest jasno wyjaśniona) i nie pokazuje, jak przełożyć to na kwoty, którymi posługuje się Wykonawca ZGK w wyjaśnieniach ceny. Znamienne jest też to, że Wykonawca ZGK nie przedłożył umów o pracę, z których wynikałby poziom zarobków kierowcy i ładowacza w jego przedsiębiorstwie w roku 2023. Dołączone do wyjaśnień ceny „paski płacowe” nie pozwalają na potwierdzenie, jakiego stanowiska dotyczą wskazane w dokumencie wartości. Zamawiający powinien był także dostrzec, że z treści przedłożonych dokumentów nie wynika nawet, że pochodzą one z systemu księgowego/płacowego Wykonawcy ZGK, co czyni wyjaśnienia jeszcze bardziej gołosłownymi. W ocenie Odwołującego realne koszty wynagrodzeń pracowników przy tej usłudze powinny wynosić od 6 do przeszło 8 tysięcy złotych netto miesięcznie.

5) Wykonawca ZGK wskazuje, że w kalkulacji cenowej uwzględnił, że pojazdy będą średnio pokonywać trasę ok. 100 km na pojazdy.

Odwołujący zauważył, że założenia te powinny się wydać Zamawiającemu mało prawdopodobne, skoro sam Zamawiający w pkt 1.3. OPZ wskazywał, że: „*Na terenie gminy występuje 1010 gospodarstw domowych a przybliżona długość trasy pojazdu odbierającego odpady to około 135 km*”. Odwołujący, który przez lata świadczył usługę odbioru i transportu odpadów na rzecz Zamawiającego, potwierdza, że średnia trasa przejazdu jednego pojazdu to około 130 km ,a nie 100 km, jak założył Wykonawca ZGK, co z kolei ma bezpośrednie przełożenie na koszty paliwa.

6) Wykonawca ZGK deklaruje, że cena jednego worka wynosi 30 groszy.

Dowód w postaci faktury, który stanowi załącznik do wyjaśnień ceny może co najwyżej potwierdzać cenę netto „czarnego” worka. Wykonawca ZGK nie wykazał natomiast, że jest to cena, za którą będzie miał możliwość zakupu worków przeznaczonych do zbiórki odpadów wszystkich frakcji (worki żółte, niebieskie, zielone, białe). W ocenie Odwołującego średnia cena worka (uśredniona dla wszystkich frakcji) wynosić powinna ok. 36 groszy. Po drugie, w ocenie Odwołującego, Wykonawca ZGK zaniżył szacunkową liczbę worków, jakie będzie musiał dostarczyć mieszkańcom Gminy Adamówka. Odwołujący zauważył, że OPZ zakłada konieczność dostarczenia worków w zależności od potrzeb mieszkańców. Dotychczasowe doświadczenia Odwołującego wskazują na to, że ogólna liczba worków, jaką wykonawcy powinni uwzględnić w swoich kalkulacjach, to przeszło 85 tysięcy, a nie 50 tysięcy, jak przyjął Wykonawca ZGK. Ogólny koszt zakupu worków powinien więc wynieść przeszło 30.000 złotych, czyli ponad 1000 zł miesięcznie więcej niż to, co w swojej kalkulacji wskazał Wykonawca ZGK.

Odwołujący wyjaśnił, że z jego doświadczeń wynika konieczność zapewnienia miesięcznie po 1 worku na każdego mieszkańca w przypadku worków „czarnych”, „niebieskich”, „zielonych” i „białych” (wyjątek dotyczy worka zielonego, kiedy przez 3 miesiące w roku ilość worków ulega zwiększeniu do 2 worków na mieszkańca). Sytuacja wygląda już jednak zupełnie inaczej w przypadku worków „żółtych”, w których gromadzone są zmieszane odpady opakowaniowe, oznaczone kodem: 15 01 06. W przypadku tej grupy odpadów koniecznym jest dostarczenie średnio 2,85 worka na jednego mieszkańca.

Odwołujący podał, że jako podmiot, który zagospodarowuje odpady pochodzące z Gminy Adamówka jako Instalacja Komunalna, zweryfikował, jaką masę odpadów oznaczonych kodem 15 01 06 odebrano w roku 2022 r. z Gminy Adamówka i jaka była średnia masa „żółtego” worka, w którym odbierana były odpady w ramach selektywnej zbiórki, a która wyniosła 0,0027 Mg. Mając na uwadze tonaż odpadów opakowaniowych, jakie odebrany został od mieszkańców Gminy Adamówka w roku 2022, Odwołujący wyliczył, że do świadczenia usługi niezbędnych jest 34 384 sztuk worków „żółtych” w skali roku.

Ogólny koszt worków zdaniem Odwołującego (przy uwzględnieniu realnych cen zakupu) wyniesie ok. 31.000 zł netto. Nawet przyjmując cenę 30 groszy za worek, jak założył Wykonawca ZGK, to łączny koszt worków wyniósłby ok. 25.806,6 zł netto.

Co więcej, w ramach wyjaśnień ceny Wykonawca ZGK złożył co prawda „kalkulację ceny”, przy czym ogólnikowość danych zawartych w tej kalkulacji w zestawieniu z treścią wyjaśnień i dowodami, jakie złożył Zamawiającemu, prowadzą do wniosku, że Wykonawca ZGK złożył de facto oświadczenie co do kosztów realizacji usługi, a nie wyjaśnienia ceny. Prawdziwości treści tego oświadczenia Zamawiający nie jest w stanie zweryfikować. Dowody złożone przez Wykonawcę ZGK wskazują, że kalkulacja ta zawiera nawet błędy. W żadnym wypadku nie może być to uznane, za wykazanie przez Wykonawcę ZGK, że zaoferowana przez niego cena, nie jest ceną rażąco niską i że faktycznie jest możliwe świadczenie przez tego wykonawcę usługi zgodnie z warunkami narzuconymi przez Zamawiającego. Kalkulacja ta w żaden sposób nie pozwalała na zweryfikowanie przez Zamawiającego realności zaoferowanej ceny.

Wydaje się, że Wykonawca ZGK nie ujął przy kalkulowaniu ceny ofertowej wszystkich kosztów świadczenia usługi, tj. kosztów amortyzacji, najmu (nie zostało to przynajmniej wprost wskazane), kosztów mycia pojazdów, ich dezynfekowania, serwisowania pojazdów, kosztów ubezpieczeń pojazdów, obciążeń podatkowych, kosztów prowadzenia bazy magazynowo- transportowej, kosztów zatrudnienia pracownika biurowego i innych kosztów ogólnozakładowych, które według szacunków Odwołującego powinny wynieść co najmniej 6 tysięcy złotych netto.

Wobec ogólnikowości wyjaśnień nie sposób uznać, aby podstawowy cel, jakiemu służyć mają wyjaśnienia ceny, został spełniony. W ocenie Odwołującego dokument ten nie spełnia standardu wyjaśnień ceny, jakie złożyć powinien profesjonalny podmiot. Tym bardziej dokument ten (ani dołączone do niego załączniki) nie może świadczyć o wykazaniu przez Wykonawcę ZGK, że zaoferowana przez niego cena za odbiór jednej tony odpadów nie jest ceną rażąco niską. Zgodnie z ugruntowaną linią orzecniczą Izby, takie wyjaśnienia ceny wykonawcy należy traktować tak, jakby w ogóle ich nie złożył. To z kolei oznacza, że oferta Wykonawcy ZGK powinna była zostać odrzucona przez Zamawiającego już po otrzymaniu przez niego wyjaśnień ceny tego wykonawcy z dnia 3 stycznia 2023 r.

Pomimo tego zachowanie Zamawiającego wskazuje na to, że nie postąpił on w sposób, który sam uważa za wzorcowy dla każdego zamawiającego, który analizuje wyjaśnienia ceny złożone przez wykonawcę, co świadczy o naruszeniu przez Zamawiającego zasady uczciwej konkurencji i równego traktowania wykonawców w postępowaniu.

Zamawiający nie dostrzegł, że złożone przez Wykonawcę ZGK wyjaśnienia są ogólnikowe, mało wiarygodne, nie są poparte w zasadzie żadnymi dowodami, co ma szczególne znaczenie w odniesieniu do wyjątkowo sprzyjających okoliczności, na które powołał się Wykonawca ZGK, które sprowadzają się wyłącznie do oświadczeń wykonawcy, bez choćby próby wykazania, że takie wyjątkowe okoliczności faktycznie mają miejsce w odniesieniu do wykonawcy. Zarówno przy pierwszej próbie wyboru oferty Wykonawcy ZGK, jak i przy wyborze, który miał miejsce w dniu 17 lutego 2023 r. Zamawiający po prostu oparł się na gołosłownych twierdzeniach wykonawcy, które w odniesieniu do praktycznie każdego elementu cenotwórczego powinny zostać zakwestionowane przez Zamawiającego.

Już sama tylko jakość wyjaśnień, jakie złożył Wykonawca ZGK w dniu 3 stycznia 2023 r. powinna była skutkować odrzuceniem jego oferty w oparciu o przepis art. 226 ust. 1 pkt 8 Pzp. 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).

W takich warunkach (mając na uwadze treść wyjaśnień z dnia 3 stycznia 2023 r. i dowodów, jakie złożył Wykonawca ZGK) nie było podstaw do tego, aby kierować do Wykonawcy ZGK wezwanie do udzielenia dodatkowych wyjaśnień. Mimo to, Zamawiający skierował do Wykonawcy ZGK takie wezwanie w dniu 6 lutego 2023 r.

W orzecznictwie Izby podkreśla się, że takie wezwanie jest możliwe tylko wtedy, gdy na podstawie złożonych przez wykonawcę wyjaśnień powstają dalsze kwestie, nowe wątpliwości do wyjaśnienia. Rozwiązanie to nie może natomiast sprowadzać się do stworzenia wykonawcy drugiej szansy na udzielenie wyjaśnień w zakresie spełniającym oczekiwania zamawiającego w sytuacji, gdy wykonawca złożył wyjaśnienia nierzetelne, niekompletne lub niepotwierdzające prawidłowości ceny (tak wyrok Krajowej Izby Odwoławczej z dnia 28 kwietnia 2017 r., sygn. akt: KIO 686/17, wyrok Krajowej Izby Odwoławczej z dnia 31 stycznia 2022 r., sygn. akt: KIO 23/22).

Wykonawca ZGK, który został wezwany do wyjaśnień rażąco niskiej ceny, zamiast udzielić rzetelnych, merytorycznych wyjaśnień Zamawiającemu, poprzestał na złożeniu ogólnikowego oświadczenia w zakresie przyjętej kalkulacji ceny, którego nie poparł stosownymi dowodami. Takie zachowanie Wykonawcy ZGK nie może prowadzić do skierowania do niego kolejnych wyjaśnień w zakresie zaoferowanej ceny, bowiem Zamawiający nie miał prawa powziąć żadnych nowych wątpliwości co do zaoferowanej przez Wykonawcy ZGK ceny, a tak naprawdę nie otrzymał żadnych środków, żadnych argumentów, które pozwalałyby mu na zweryfikowanie ceny zaoferowanej przez Wykonawcę

ZGK. Zamawiający nie miał podstaw do tego, aby powziąć wątpliwość co do kosztów utrzymania pojazdów dedykowanych do realizacji obsługi i kosztów amortyzacji, bowiem w żadnym momencie do tych kosztów Wykonawca ZGK nie nawiązywał w pierwotnie złożonych Zamawiającemu wyjaśnieniach ceny. Do pierwotnych wyjaśnień nie został złożony żaden dowód, który wykazywałby wysokość tych kosztów, wykonawca nie opisywał ich w pisemnej części wyjaśnień i nawet nie ujął ich (w sposób identyfikowalny) w kalkulacji ceny. Wątpliwości w tym zakresie Zamawiający powziął przy tym nie na podstawie wyjaśnień złożonych przez wykonawcę w dniu 3 stycznia 2023 r., a dopiero po zapoznaniu się z argumentacją Odwołującego zawartą w jego odwołaniu z dnia 10 stycznia 2023 r.

Stopień ogólności wyjaśnień jest przy tym tak silny i wskazuje na nieujęcie w kalkulacji ceny tak wielu pozycji, przy jednoczesnym przyjęciu błędnych założeń przy części założeń, że skierowanie do Wykonawcy ZGK kolejnego wezwania w trybie art. 224 ust. 1 lub 2 Pzp (Zamawiający nie sprecyzował podstawy prawnej swojej czynności) stanowiło jednocześnie złamanie wyrażonej w art. 16 pkt 1 Pzp zasady uczciwej konkurencji i równego traktowania wykonawców. Zachowanie Zamawiającego wskazuje przy tym na to, że próbuje on wręcz „na siłę” ratować ofertę Wykonawcy ZGK i wręcz naprowadza wykonawcę na to, w jakim zakresie powinien uzupełnić swoje dotychczasowe wyjaśnienia. Zamawiający zdał sobie sprawę z tego, że pewne istotne z punktu widzenia realizacji usługi koszty (np. koszty utrzymania pojazdów), które miały stanowić o wyjątkowo sprzyjających warunkach świadczenia usługi przez Wykonawcę ZGK, w ogóle nie zostały wykazane. Co więcej, nawet nie zostały opisane przez tego wykonawcę, co powinno skutkować odrzuceniem jego oferty, wobec nie wykazania przez wykonawcę, że jego oferta nie zawiera ceny rażąco niskiej.

W ocenie Odwołującego w zaistniałym stanie faktycznym skierowanie do Wykonawcy ZGK ponownego wezwania do wyjaśnień ceny sprowadzało się do żądania od wykonawcy przedstawienia nowych dowodów i informacji, podczas gdy, takie ponowne wezwanie, jak to już zostało wskazane wcześniej, powinno służyć jedynie doprecyzowaniu wyjaśnień, które już w pierwotnej wersji były szczegółowe, spójne, logiczne i poparte stosownymi dowodami.

W związku z powyższym, Odwołujący postawił w petitum odwołania zarzut naruszenia przez Zamawiającego przepisu art. 224 ust. 1 Pzp w zw. z art. 226 ust. 1 pkt 8 Pzp w zw. z art. 224 ust. 5 i 6 Pzp w zw. art. 16 pkt 1 Pzp.

Niezależnie jednak od tego, że w ocenie Odwołującego, Wykonawca ZGK nie powinien być zostać wezwany do ponownego wyjaśnienia ceny, to, mając na uwadze jakość wyjaśnień, jakie wykonawca złożył w dniu 13 lutego 2023 r., jego oferta tym bardziej powinna zostać odrzucona na podstawie art. 226 ust. 1 pkt 8 Pzp.

Skoro Zamawiający wskazał wykonawcy, że pierwotnie złożone wyjaśnienia ceny budzą wątpliwości Zamawiającego i wniósł o wyjaśnienie kwestii kosztów najmu samochodów, które przeznaczone zostały do realizacji zamówienia wraz ze szczegółową kalkulacją tych kosztów, a nadto wniósł o wyjaśnienie kosztów związanych z amortyzacją pojazdów, kosztami mycia, dezynfekcji, serwisowania i ubezpieczenia pojazdów, a Wykonawca ponownie składa Zamawiającemu wyłącznie lakoniczne oświadczenie, że: *„Wszystkie koszty (takie jak wynajem, mycie, dezynfekcja, serwisowanie i ubezpieczenie) dotyczące utrzymania samochodu będącego własnością Spółki jak i wynajmu innych pojazdów są wliczone w koszty pośrednie, nadto należy tu zaznaczyć iż całość prac na terenie gminy Adamówka będzie trwało dwa dni w miesiącu. W kosztach tych uwzględniono również 1,5 dniówki obsługi pracownika biurowego. Jeżeli chodzi o koszt najmu pojazdów niezbędnych do realizacji przedmiotu umowy w wymiarze wskazanych w powyższej tabeli to wynosi on łącznie 2000 zł netto miesięcznie. Koszt utrzymania amortyzacji pojazdu stanowiącego własność Spółki wynosi 517 zł netto miesięcznie. Spółka dokonała zakupu kolejnego samochodu – śmieciarki w styczniu 2023 r., pojazd ten również będzie wykorzystywany do prac związanych z obiosem odpadów komunalnych.”*

Mając na uwadze powyższe wyjaśnienia, Odwołujący wskazał, że:

- 1) Wykonawca ZGK był zobligowany do wyjaśnienia kosztów związanych z amortyzacją pojazdów, kosztami mycia, dezynfekcji, serwisowania i ubezpieczenia pojazdów – czego bezsprzecznie nie uczynił. Koszty te nie zostały w żaden sposób zidentyfikowane, nie zostały poparte żadnymi dowodami. Co więcej, treść wyjaśnień wskazuje na to, że koszty tylko pojazdów będących własnością Wykonawcy ZGK, gdy tymczasem co najmniej w pewnym zakresie (mycie, dezynfekcja, serwisowanie, być może ubezpieczenie) koszty te powinny dotyczyć także pojazdów wynajmowanych;
- 2) Koszty najmu pojazdów w wysokości 2000 zł netto nie zostały poparte żadnym dowodem, podobnie jak koszty amortyzacji – w tym zakresie wykonawca złożył jedynie oświadczenie, gdy tymczasem wydaje się, że koszty najmu pojazdów zostały znacząco zaniżone przez wykonawcę;
- 3) Wykonawca ZGK powołuje się na zakup kolejnego pojazdu typu śmieciarka, który ma być wykorzystywany do świadczenia usługi – w kalkulacji brak jest natomiast ujęcia kosztów tego pojazdu (amortyzacji nowego pojazdu, czy rat leasingowych), co stanowi istotny koszt po stronie przedsiębiorcy zwłaszcza o tak małej skali działalności, jak ta wykonywana przez Wykonawcę ZGK.

W tym stanie rzeczy nie sposób uznać, aby Wykonawca ZGK sprostął oczekiwaniom Zamawiającego i uznać, że złożone wyjaśnienia są rzetelne, kompleksowe i pozwalają na stwierdzenie, że zaoferowana przez Wykonawcę ZGK cena nie jest ceną rażąco niską. Ciężar dowodowy w tym zakresie spoczywał na Wykonawcy ZGK, którego ten nie udźwignął,

poprzestając de facto na złożeniu oświadczenia co do kosztów. Kosztów tych jednak wykonawca ten nie wykazał, choć miał taki obowiązek.

Odwołujący przeprowadził szereg możliwych symulacji, które uwzględniają różnorodne założenia, których wymaga się od Odwołującego, w odniesieniu do kalkulacji ceny transportu odpadów – analizując różne warianty rodzajów pojazdów, tonażu odpadów na jeden transport, zużycia paliwa, ceny paliwa, kosztów nabycia i utrzymania pojazdu przy uwzględnieniu wynikających z OPZ odległości. Żadna kalkulacja nie pozwala na uzyskanie ceny ofertowej zaoferowanej przez Wykonawcę ZGK. W ocenie Odwołującego koszty związane z realizacją przedmiotu umowy wyniosą co najmniej 245-255 tysięcy złotych netto, przy czym oczywistym jest, że każdy wykonawca w swojej kalkulacji cenowej uwzględnia też pewne zabezpieczenie z tytułu ewentualnych ryzyk kontraktowych i zysk. Powyższe znajduje też potwierdzenie w cenach zaoferowanych przez pozostałych wykonawców.

W ocenie Odwołującego oferta ZGK powinna zostać odrzucona na podstawie art. 226 ust.1 pkt 8 Pzp w zw. z art. 224 ust. 5 i 6 Pzp. Zamawiający wadliwie ocenił wyjaśnienia ceny złożone przez Wykonawcę ZGK, skoro dokonał wyboru oferty tego wykonawcy jako najkorzystniejszej. Ta czynność w postępowaniu nie może się ostać, gdyż narusza zasadę równego traktowania wykonawców i prowadzi do arbitralnego, tendencyjnego prowadzenia postępowania o udzielenie zamówienia publicznego. W związku z powyższym, postawiony w petitum odwołania zarzut naruszenia przez Zamawiającego przepisu art. 226 ust. 1 pkt 8 Pzp w zw. z art. 224 ust. 5 i 6 Pzp w zw. art. 16 pkt 1 Pzp jest w zdaniem Odwołującego zasadny.

Po przeprowadzeniu rozprawy z udziałem Stron postępowania odwoławczego, na podstawie zgromadzonego w sprawie materiału dowodowego oraz oświadczeń, a także stanowisk Stron 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, którego oferta w ocenie Odwołującego winna być odrzucona 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 nie przystąpił żaden inny wykonawca.

Zamawiający złożył pisemną odpowiedź na odwołanie, w której wnosił o jego oddalenie w całości. Zamawiający powtórzył argumentację przedstawioną przez ZGK w złożonych wyjaśnieniach cenowych.

Izba ustaliła także, że w odwołaniu prawidłowo przytoczono elementy dokumentacji postępowania o udzielenie zamówienia publicznego, istotne dla rozstrzygnięcia przedmiotu sporu i nie zachodziła konieczność ich powtarzania.

Biorąc powyższe ustalenia pod uwagę, Izba uznała, że odwołanie w całości zasługuje na uwzględnienie.

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 pkt 8 ustawy Pzp zamawiający odrzuca ofertę, jeżeli 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.

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, że zamawiający może powziąć wątpliwości co do wystąpienia podejrzenia rażąco niskiej ceny nie tylko na podstawie całościowej ceny oferty, ale także analizując poszczególne, istotne części składowe, które wydają się rażąco niskie w stosunku do przedmiotu zamówienia. Nie ulega wątpliwości, 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.

Co do zasady dopuszczalne jest również ponowne wezwanie wykonawcy do złożenia dodatkowych wyjaśnień, jeżeli w złożonych przez wykonawcę wyjaśnieniach powstają kolejne kwestie, nowe wątpliwości, które wymagają doprecyzowania. W przedmiotowej sprawie, w ocenie Izby, co słusznie podkreślono w odwołaniu, pierwsze ze złożonych wyjaśnień były na tyle lakoniczne, że kolejne wezwanie do wyjaśnień stanowiło dla Wykonawcy ZGK drugą szansę na wyjaśnienie ceny, a nie było podyktowane koniecznością wyjaśnienia przez Zamawiającego kwestii, które przedstawione zostały w wyjaśnieniach. Pierwsze wyjaśnienia były ogólnikowe, nie dołączono do nich żadnych dowodów, w zasadzie opierały się na samych oświadczeniach Wykonawcy. Sama zaś treść drugiego z wezwań świadczy, iż Zamawiający kierował się raczej zarzutami odwołania złożonego przez innego wykonawcę, niż wątpliwościami, które powziął po lekturze samych wyjaśnień ZGK. Z tego powodu zdaniem Izby ponowne wezwanie ZGK do złożenia wyjaśnień było nieuprawnione.

Przenosząc powyższe rozważania na grunt niniejszej sprawy, dokonując oceny całokształtu informacji przedstawionych w wyjaśnieniach Zamawiającemu, w ocenie Izby Wykonawca ZGK nawet składając wyjaśnienia dwukrotnie nie sprostał ciężarowi dowodowemu i nie wykazał, że cena jego oferty nie jest rażąco niska.

Treść obu złożonych pism, zdaniem Izby, w większej części nie spełnia wymogu wyjaśnień. Wyjaśnienia opierają się na twierdzeniach, podaniu stawek za wykonanie elementów przedmiotu zamówienia bez wyjaśnienia dlaczego Wykonawca przyjmuje taką wartość jako rynkową. Co prawda ZGK podaje czynniki, które mogły wpłynąć na obniżenie ceny oferty ale nie wyjaśnia w jaki sposób to nastąpiło i jak w zasadzie przełożyło się na cenę. Zamieszczonych w wyjaśnieniach wyliczeń nie można uznać za kalkulację, ponieważ są tam podane jedynie suche dane o kosztach bezpośrednich (na co składa się wynagrodzenie kierowcy i ładowacza, ilość samochodów, kwota za worki), następnie podana jest wartość kosztów pośrednich, ogólnozakładowych za dwa dni przeznaczone na zbiórkę odpadów. W tym elemencie ZGK w ogóle nie tłumaczy co składa się na wartość kosztów pośrednich i w jakiej wysokości. Załączona do wyjaśnień kalkulacja ma więc wysoce uproszczony charakter. Wykonawca operuje w niej kwotami nie wyjaśniając w jaki sposób

kwoty te odpowiadają przyjętym założeniom do wykonania przedmiotu zamówienia. Wykonawca nie wyjaśnia na jakiej podstawie do kalkulacji przyjmuje wysokość podanych kosztów.

W zakresie kosztów paliwa, choć do wyjaśnień Wykonawca dołącza zestawienia cen największego dostawy w regionie, z których wynika średnia cena surowca (7,11 zł), to w kalkulacji przyjmuje zupełnie inną wartość. Odpowiadając na twierdzenia Zamawiającego z rozprawy, że Wykonawca nie musiał w momencie składania wyjaśnień kierować się ceną za paliwo z grudnia 2022 roku, Izba podkreśla, że nic bardziej mylnego. Wykonawca składał ofertę właśnie w grudniu 2022 roku i na ten moment kalkulował swoje koszty. Jeśli wyliczył średnią cenę na 7,11 zł, to błędem było odwoływanie się w kalkulacji do wartości niższej. Nawet jeżeli wyjaśnienia składane były już w momencie, gdy wiadomym było, że cena surowca spadła. Składając ofertę Wykonawca nie dysponował danymi przyjętymi do kalkulacji. Owszem, wykonawca składając ofertę ma prawo, a w ocenie Izby, wręcz obowiązek skalkulować pewne ryzyka, które mogą wystąpić na danym rynku. Jeżeli więc ZGK przewidywał, że cena paliwa może w roku 2023 osiągnąć niższą wartość, to powinien był to w wyjaśnieniach przedstawić.

Przechodząc do oceny przyjętego modelu wykonywania przedmiotu zamówienia w standardzie: jeden kierowca – jeden ładowacz, to obowiązkiem Wykonawcy było wyjaśnienie, że taki model jest bezpieczny i możliwy do zastosowania. Jeżeli, jak twierdził Zamawiający na rozprawie, jest on już stosowany, to Wykonawca mógł powołać się na umowy wykonywane przy zastosowaniu danego modelu. Tymczasem tej wyjątkowo sprzyjającej okoliczności na możliwość obniżenia ceny w wyjaśnieniach ZGK poświęcił jedno zdanie.

Co do zastosowania przy wykonywaniu zamówienia pojazdów, w których występuje mniejsze zużycie paliwa, to okoliczności te w żaden sposób nie zostały wykazane. ZGK ogranicza się do samych oświadczeń. Nie podaje ani typu pojazdów, nie wyjaśnia, na jakiej podstawie nimi dysponuje, czy nie są one używane do wykonywania innych umów. Nie udowadnia również samej wysokości zużycia paliwa, podczas gdy dane te z pewnością są dostępne dla podmiotu wykorzystującego profesjonalne narzędzia do pomiaru zużycia paliwa, czy długości przejechanej przez pojazd trasy z uwzględnieniem czasu pokonania tej trasy. Celnie także podkreślono, że w wyjaśnieniach nie zostały przedstawione inne koszty związane z utrzymaniem pojazdów (koszty mycia, dezynfekcji, koszty ubezpieczenia, koszty przeglądów technicznych). Nie złożono także dowodów, że długość trasy do przejechania jest niższa, niż podano w odwołaniu. Nie jest więc wiadome na jakiej podstawie Wykonawca przyjął do kalkulacji podane dane dotyczące trasy.

Wykonawca ZGK zadeklarował w wyjaśnieniach wysokość kosztów płacy dla kierowcy i ładowacza. Dowodem ponoszenia tych kosztów miały być złożone do wyjaśnień

wyciągi z tabeli wynagrodzeń. Niestety z dokumentów tych, które oczywiście mogą pozostać zanonimizowane, wynikać powinno, że dotyczą one właśnie stanowisk, o których wspomina Wykonawca. Niestety na podstawie przedstawionych wyciągów nie można stwierdzić, że przedstawione tam wynagrodzenie dotyczy kierowcy i ładowacza. Dodatkowo przedstawiona z wyjaśnieniami kalkulacja nie uwzględnia w ogóle kosztów, które ponosi na wynagrodzenia pracodawca. Dane z kalkulacji referują do wartości płaconej pracownikom, więc już na punkcie wyjścia dane te są po pierwsze niewiarygodne, po drugie zaniżone. Z kalkulacji nie wynika także, czy ZGK przewidział w kalkulacji kosztów podwyższenie stawek minimalnego wynagrodzenia za pracę, a okoliczność ta i wysokość kosztu była już znana w momencie składania oferty.

ZGK podało w wyjaśnieniach, że jest w stanie uzyskać worki niezbędne do wykonania zamówienia za kwotę 0,30 zł za sztukę. Do wyjaśnień dołączono kopię faktury, która miała potwierdzać powyższą okoliczność. Dostrzeżenia wymaga jednak, że zamówienie nie jest wykonywane tylko przy użyciu worków czarnych. Kluczowe raczej w ocenie Izby jest wykonywanie zamówienia z wykorzystaniem zasad selektywnej zbiórki odpadów, a więc dostarczenie mieszkańcom worków kolorowych. Pomijając już sporne między Zamawiającym i Odwołującym okoliczności, czy opis przedmiotu zamówienia zobowiązywał do dostarczenia worków brązowych (minimalny koszt z punktu widzenia ceny ofertowej), to przede wszystkim ZGK nie wykazało, że może zakupić worki w każdym innym kolorze za cenę przyjętą w kalkulacji.

Podsumowując ocenę złożonych wyjaśnień, w ocenie Izby nie stanowiły one wystarczającej podstawy do przyjęcia, że Wykonawca ZGK wykazał, że cena jego oferty nie jest rażąco niska.

W przypadku analizy i oceny drugich wyjaśnień dostrzeżenia zdaniem Izby wymaga, że Wykonawca ZGK odpowiadając na pytania Zamawiającego o koszty najmu pojazdów, koszty związane z amortyzacją pojazdów, koszty mycia, dezynfekowania, serwisowania i ubezpieczenia pojazdów, a także koszty obsługi biurowej dla przedmiotowego zamówienia odpowiedział enigmatycznie: *„Wszystkie koszty (takie jak wynajem, mycie, dezynfekcja, serwisowanie i ubezpieczenie) dotyczące utrzymania samochodu będącego własnością Spółki jak i wynajmu innych pojazdów są wliczone w koszty pośrednie, nadto należy tu zaznaczyć iż całość prac na terenie gminy Adamówka będzie trwało dwa dni w miesiącu. W kosztach tych uwzględniono również 1,5 dniówki obsługi pracownika biurowego. Jeżeli chodzi o koszt najmu pojazdów niezbędnych do realizacji przedmiotu umowy w wymiarze wskazanym w powyższej tabeli to wynosi on łącznie 2000 zł netto miesięcznie. Koszt utrzymania amortyzacji pojazdu stanowiącego własność Spółki wynosi 517 zł netto miesięcznie.*

Spółka dokonała zakupu kolejnego samochodu – śmieciarki w styczniu 2023 r., pojazd ten również będzie wykorzystywany do prac związanych z odbiorem odpadów komunalnych". Izba podkreśla, że miesięczna kwota kosztów pośrednich została w kalkulacji ujęta w wysokości 4 000 zł, a sam koszt najmu pojazdów podano jako 2000 zł, amortyzacja to 517,00 zł, co oznacza, że więcej niż połowa tej kwoty obejmuje tylko te dwa elementy. ZGK nie określił i nie wykazał wysokości kosztów utrzymania pojazdów w ramach normalnej jego eksploatacji, ani nie podał wynagrodzenia pracownika biurowego. Mało wiarygodnym wydaje się, że koszty te mogą zamknąć się w kwocie około 1000,00 zł miesięcznie. Pozostała treść złożonych wyjaśnień była powtórzeniem wyjaśnień już złożonych.

Izba uważa, że tak przedstawionego stanowiska wykonawcy w ogóle nie można uznać za wyjaśnienia. Treść kilku zdań nie jest ani przekonująca, ani wiarygodna. Co więcej nie jest poparta żadnymi dowodami. Jak wynika z postępowania dowodowego, które miało miejsce na rozprawie, Odwołujący był w stanie przedstawić dowód praktycznie na każdy element odnoszący się do kosztów składających się na wykonanie przedmiotu zamówienia. Wykonawca ZGK nie podjął w ocenie Izby nawet próby dowiedzenia stanowiska przedstawionego w wyjaśnieniach. Podmiot ten ograniczył się do kilkudzaniowych oświadczeń, bez jakiegokolwiek choćby powierzchownej analizy, w jaki sposób przyjęte założenia pozwoliły na obniżenie ceny oferty. Co ciekawe, w odpowiedzi na odwołanie Zamawiający kwestionuje koszty, jakie przyjął do kalkulacji Odwołujący przykładowo dla wynajmu samochodów, podnosząc, że *„Odwołujący przy tym nie wskazuje na podstawie jakich danych ustalił ten rynkowy koszt i jakich konkretnie pojazdów dotyczy ten koszt”*, ale Zamawiającemu wystarczyło do uznania wyjaśnień za wiarygodne proste podanie przez ZGK, że koszt ten wynosi 2 000,00 zł. A przecież w wyjaśnieniach podmiot także nie wskazał ani jakiego rodzaju pojazdy wynajmuje, ani nie przedstawił dokumentów potwierdzających wysokość kosztu. Izba podkreśla, że to nie Odwołujący miał udowodnić, dlaczego przyjął określoną wielkość danych do kalkulacji. To obowiązkiem ZGK było wykazanie, że istnieją takie czynniki, które pozwoliły mu obniżyć cenę oferty oraz wykazanie, że mimo założeń, ta cena nie ma rażąco niskiego charakteru. Na podstawie całokształtu wyjaśnień złożonych przez w ocenie Izby takich okoliczności nie wykazano.

Reasumując, Izba uznała złożone w postępowaniu o udzielenie zamówienia publicznego przez Wykonawcę ZGK wyjaśnienia nie były wyczerpujące i spójne, nie obrazowały poszczególnych koszty do poniesienia na wystarczającym poziomie, by zapewnić danemu wykonawcy zysk na zadaniu. W ocenie Izby zarzuty odwołania dotyczące braku szczegółowości złożonych wyjaśnień zasługiwały na uwzględnienie. Wykonawca ZGK nie tylko nie wykazał, ale również nie uzasadnił podanej w ofercie ceny i nie przedstawił wystarczających dowodów na prawidłowość kalkulacji.

Izba uznała również, iż Zamawiający naruszył zasady prowadzenia postępowania wynikające z art. 16 ustawy Pzp.

W świetle powyższych ustaleń Izba uznała za zasadne zarzuty odwołania i nakazała Zamawiającemu unieważnienie czynności wyboru oferty najkorzystniejszej, powtórzenie czynności badania i oceny ofert we wszystkich częściach zamówienia, w tym odrzucenie oferty Wykonawcy ZGK na podstawie art. 226 ust. 1 pkt 8 ustawy Pzp w związku z art. 224 ust. 6 ustawy Pzp.

Biorąc powyższe pod uwagę, orzeczono jak w sentencji.

O kosztach postępowania odwoławczego orzeczono na podstawie art. 574 oraz art. 557 ustawy Pzp, a także w oparciu o przepisy § 5 pkt 1 i 2 lit. a i b oraz § 7 ust. 1 pkt 1 oraz ust. 6 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 Zamawiającego.

Przewodniczący:

.....