

WYROK

z dnia 4 maja 2016 r.

Krajowa Izba Odwoławcza – w składzie:

Przewodniczący: Marek Koleśnikow

Protokolant: Paulina Zielenkiewicz

po rozpoznaniu na rozprawie w dniu **29 kwietnia 2016 r.** w Warszawie odwołania z dnia **18 kwietnia 2016 r.** wniesionego przez wykonawcę **SITA WSCHÓD sp. z o.o. z siedzibą w Lublinie, ul. Ciepłownicza 6, 20-479 Lublin** w postępowaniu prowadzonym przez zamawiającego **Gmina Lublin, plac Króla Władysława Łokietka 1, 20-109 Lublin**

orzeka:

- 1. Oddala odwołanie.**

2. Kosztami postępowania obciąża odwołującego **SITA WSCHÓD sp. z o.o. z siedzibą w Lublinie, ul. Ciepłownicza 6, 20-479 Lublin**

i nakazuje:

- 1) zaliczyć na rzecz Urzędu Zamówień Publicznych koszty w wysokości **15 000 zł 00 gr** (słownie: piętnaście tysięcy złotych zero groszy) uiszczone przez wykonawcę **SITA WSCHÓD sp. z o.o. z siedzibą w Lublinie, ul. Ciepłownicza 6, 20-479 Lublin**, tytułem kosztów postępowania odwoławczego;
- 2) dokonać wpłaty kwoty **3 600 zł 00 gr** (słownie: trzy tysiące sześćset złotych zero groszy) przez odwołującego **SITA WSCHÓD sp. z o.o. z siedzibą w Lublinie, ul. Ciepłownicza 6, 20-479 Lublin** na rzecz zamawiającego **Gmina Lublin, plac Króla Władysława Łokietka 1, 20-109 Lublin** stanowiącej uzasadnione koszty strony poniesione z tytułu kosztów wynagrodzenia pełnomocnika.

Stosownie do **art. 198a i 198b** ustawy z dnia 29 stycznia 2004 r. – Prawo zamówień publicznych (**Dz. U. z 2013 r. poz. 907, 984, 1047 i 1473, z 2014 r. poz. 423, 768, 811, 915, 1146 i 1232 oraz z 2015 r. poz. 349, 478, 605 i 1777**) na niniejszy wyrok – w terminie 7 dni od dnia jego doręczenia – przysługuje skarga za pośrednictwem Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej do Sądu Okręgowego w **Lublinie**.

Przewodniczący:

Uzasadnienie

Zamawiający Gmina Lublin, Plac Króla Władysława Łokietka, 20-109 Lublin wszczął postępowanie w trybie przetargu nieograniczonego pod nazwą »Opróżnianie koszy poza pasem drogowym w czterech rejonach miasta Lublin«.

Ogłoszenie o zamówieniu zostało opublikowane w Dzienniku Urzędowym Unii Europejskiej **01.12.2016 r.** pod nrem **2015/S 232-422191**.

Postępowanie jest prowadzone zgodnie z przepisami ustawy z dnia 29 stycznia 2004 r. – Prawo zamówień publicznych (**Dz. U. z 2013 r. poz. 907, 984, 1047 i 1473, z 2014 r. poz. 423, 768, 811, 915, 1146 i 1232 oraz z 2015 r. poz. 349, 478, 605 i 1777**) zwanej dalej w skrócie Pzp lub ustawą bez bliższego określenia.

Zamawiający zawiadomił **08.04.2016 r.** o:

- 1) unieważnienie postępowania w **cz. I** zamówienia;
- 2) wyborze najkorzystniejszej oferty wykonawcy **Bednarex M.B. w cz. IV** zamówienia;
- 3) odrzuceniu oferty wykonawcy **SITA Wschód sp. z o.o. z siedzibą w Lublinie**, gdyż oferta zawiera rażąco niską cenę w stosunku do przedmiotu zamówienia – **art. 89 ust. 1 pkt 4 Pzp**.

Wykonawca SITA Wschód sp. z o.o. z siedzibą w Lublinie, ul. Ciepłownicza 6, 20-479 Lublin, zgodnie z **art. 182 ust. 1 pkt 1 Pzp**, wniósł **18.04.2016 r.** do Prezesa KIO odwołanie w zakresie **cz. I i cz. IV** zamówienia na:

- 1) unieważnienie postępowania w **cz. I** zamówienia w sposób niezgodny z przepisami ustawy;
- 2) ocenę ofert w **cz. IV** zamówienia i wyborze jako najkorzystniejszej oferty **wykonawcy Bednarex M.B.** (zwanego dalej „**Bednarex**”);
- 3) odrzucenie, na podstawie **art. 89 ust. 1 pkt 4 Pzp w zw. z art 90 ust. 3 Pzp**, oferty **wykonawcy SITA** w zakresie **cz. I i cz. IV** zamówienia;
- 4) zaniechanie wyboru jako oferty najkorzystniejszej w **cz. I i cz. IV** zamówienia oferty **wykonawcy SITA**;
- 5) (ewentualnie wobec **pkt 4** powyżej) zaniechanie wezwania **wykonawcy SITA** do złożenia dodatkowych wyjaśnień w trybie **art. 90 ust. i Pzp** i dotyczących elementów oferty mających wpływ na cenę w zakresie **cz. I i cz. IV** zamówienia.

Odwołujący zarzucił **zamawiającemu** naruszenie:

- 1) **art. 7 Pzp** przez nierówne traktowanie wykonawców i prowadzenie postępowania z uchybieniem zasad uczciwej konkurencji;
- 2) **art. 89 ust. 1 pkt 4 Pzp w zw. z art. 90 ust. 3 Pzp** przez przyjęcie, że oferta **wykonawcy SITA** w zakresie **cz. I i cz. IV** zamówienia zawiera rażąco niską cenę, a w konsekwencji, odrzucenie tej oferty;
- 3) **art. 93 ust. 1 pkt 1 Pzp** przez unieważnienie postępowania w zakresie **cz. I** zamówienia, podczas gdy oferta złożona przez **odwołującego** nie podlegała odrzuceniu;
- 4) **art. 90 ust. 1 Pzp i art. 7 ust. 1 Pzp** przez zaniechanie wezwania **wykonawcy SITA** do złożenia w trybie **art. 90 ust. 1 Pzp** dalszych wyjaśnień dotyczących elementów oferty mających wpływ na wysokość ceny, pomimo że **zamawiający** powinien, jeżeli miał nowe wątpliwości powstałe wskutek złożenia przez **odwołującego** wyjaśnień w zakresie rażąco niskiej ceny, rozwiązać te wątpliwości przez ponowne wezwanie do złożenia dodatkowych wyjaśnień.

Odwołujący wniósł o uwzględnienie odwołania i nakazanie **zamawiającemu**:

- 1) unieważnienia czynności unieważnienia postępowania w **cz. I** zamówienia;
- 2) unieważnienia czynności oceny ofert w **cz. I i cz. IV** zamówienia, a w konsekwencji;
- 3) unieważnienia czynności wyboru oferty **wykonawcy Bednarex** w **cz. IV** zamówienia;
- 4) unieważnienie czynności odrzucenia oferty **wykonawcy SITA** w **cz. I i cz. IV** zamówienia;
- 5) dokonania ponownej oceny ofert w zakresie **cz. I i cz. IV** zamówienia z uwzględnieniem oferty **wykonawcy SITA** oraz wybrania jako najkorzystniejszej oferty **wykonawcy SITA**;
- 6) (ewentualnie wobec pkt 3.2.3) nakazanie **zamawiającemu** dokonania ponownej oceny ofert w zakresie **cz. I i cz. IV** zamówienia po wezwaniu **wykonawcy SITA** do złożenia dodatkowych wyjaśnień w zakresie elementów oferty mających wpływ na cenę oferty w zakresie **cz. I i cz. IV** zamówienia;
- 7) nakazanie **zamawiającemu** dokonania ponownej oceny ofert w zakresie **cz. I i cz. IV** zamówienia po wezwaniu **wykonawcy SITA** do złożenia dodatkowych wyjaśnień w zakresie elementów oferty mających wpływ na cenę oferty w zakresie **cz. I i cz. IV** zamówienia;
- 8) zasądzenie od **zamawiającego** na rzecz odwołującego kosztów postępowania, w tym kosztów reprezentacji wg przedstawionych na rozprawie rachunków.

Argumentacja **odwołującego**

O naruszeniu przepisów prawa **odwołujący** dowiedział się **8.04.2016 r.** kiedy to **odwołujący** został powiadomiony o wyniku oceny ofert, w tym wyborze najkorzystniejszej oferty w **cz. IV** zamówienia oraz unieważnienia postępowania w **cz. I** zamówienia.

Dowód: pismo **zamawiającego** z dnia **08.04.2016 r.**

I. Oferta wykonawcy SITA, a wartość szacunkowa zamówienia i oferty innych wykonawców

I.1. Uwagi ogólne

Zamawiający podzielił zamówienie na cztery części, przy czym jeden **wykonawca** mógł złożyć ofertę wyłącznie na dwie części zamówienia (zwane też rejonami). W postępowaniu oferty złożyło łącznie 9 podmiotów, z czego jeden **wykonawca** na wszystkie cztery części zamówienia, a pozostałych **8 wykonawców** na dwie części. **Odwołujący** przedstawił tabelaryczny wykaz zaoferowanych cen ogólnych i cen jednostkowych poszczególnych części zamówienia.

Odwołujący stwierdza, że odrzucenie oferty z powodu rażąco niskiej ceny powinno być pozbawione automatyzmu. **Zamawiający** powinien wszechstronnie rozważyć okoliczności zaoferowania niższej ceny, a także dokładnie przeanalizować ofertę **wykonawcy SITA** i złożone wyjaśnienia. Ustalenia czy cena ma charakter rażąco niskiej ceny dokonuje się m.in. przez:

- odniesienie jej do ustalonej przez **zamawiającego** wartości szacunkowej zamówienia;
- odniesienie jej do cen ofert złożonych przez pozostałych **wykonawców**, a zatem rynkowych uwarunkowań dla danego rodzaju zamówienia;
- analizę kosztów składowych ceny ofertowej (to ostatnie z reguły na podstawie wyjaśnień **wykonawców**).

I.2. Oferta wykonawcy SITA a wartość szacunkowa zamówienia

Oparcie szacunków w sprawie rażąco niskiej ceny wyłącznie o wartość szacunkową zamówienia bywa zawodne. Wynika to z faktu, że wartość szacunkowa wyznaczana jest często w oparciu o cenę, za którą dane zamówienie wykonywane było do tej pory. **Zamawiający** jako punkt odniesienia bierze więc oferty sprzed kilku lat, nie uwzględniając waloryzacji, rosnącego doświadczenia wykonawców i optymalizacji procesów pracy, zmian na rynku, zwiększenia konkurencji i tym podobnych czynników. **Zamawiający** przed określeniem wartości szacunkowej zazwyczaj nie przeprowadza badań rynku, stąd wartość

szacunkowa jest odzwierciedleniem jego subiektywnego wyobrażenia o kosztach wykonania danego zamówienia, niepopartego gruntowną analizą rynkową.

Powoduje to, że wyznacznik ten nie jest wyznacznikiem bezwzględnie wiążącym i ostatecznym. Wyznacznik ten powinien służyć tylko i wyłącznie podjęciu decyzji o tym, czy cena może być rażąco niską i uruchomienia procedury przewidzianej w **art. 90 Pzp**, a więc żądania wyjaśnień. Nie może jednak decydować jeszcze o tym, że cena jest ceną rażąco niska. W tym przypadku, odniesienie ceny do wartości zamówienia powiększonej o VAT ma charakter jedynie pomocniczy i służyć powinno jedynie podjęciu decyzji o tym, czy na **zamawiającym** ciąży obowiązek żądania wyjaśnień od **wykonawcy**.

W sytuacji, gdy cena oferty odbiega od wartości ustalonej przez **zamawiającego**, ale nie różni się w sposób rażący od innych cen, **zamawiający** powinien w pierwszej kolejności przeanalizować, czy przyjęta przez niego wartość zamówienia (powiększona o VAT) była określona z należytą starannością. Jeżeli okaże się, że tak określona wartość została ustalona z nienależytą starannością **zamawiający** nie powinien brać jej pod uwagę jako punktu odniesienia dla kwalifikacji ceny jako rażąco niskiej.

Stąd też w tym przypadku metoda ta nie powinna mieć zastosowania.

I.3. Oferta wykonawcy SITA a oferty innych wykonawców

Drugim z wyznaczników tego, czy oferta zawiera rażąco niską cenę jest odniesienie jej do cen ofert złożonych przez pozostałych **wykonawców**. O udzielenie zamówienia ubiegało się **9 wykonawców**. Należy przy tym zaznaczyć, że podmioty te są profesjonalistami, od wielu lat działającymi na rynku zbierania odpadów. Tym samym, podmioty te są w stanie w sposób adekwatny oszacować koszty wykonania zamówienia. Sprzecznym z logiką i zasadami doświadczenia życiowego jest, by wszyscy czy też prawie wszyscy **wykonawcy** złożyli w postępowaniu oferty, których wykonanie skutkować będzie dla nich poniesieniem straty (choć oczywiście jednostkowo takie sytuacje się zdarzają). Istotą każdej działalności gospodarczej jest wszak nastawienie na osiągnięcie zysku.

Cena oferowana przez prawie wszystkich **wykonawców** jest o kilkadziesiąt procent niższa od ceny oszacowanej przez **zamawiającego**. Przeciętnie jest to około **35%** dla każdego z rejonów. Już ten fakt powinien wzbudzić wątpliwości **zamawiającego**, czy przygotowana przez niego kalkulacja nie została zawyżona.

Cena oferowana przez **wykonawcę SITA** nie jest przy tym ceną najniższą. Dla **cz. I** zamówienia cena **odwołującego** plasuje się na 2 pozycji, zaś dla **cz. IV** zamówienia – dopiero na 3 pozycji. W każdym wypadku są to zaś ceny zbliżone do średnich wszystkich ofert. Stanowi to dodatkowy dowód na realność zaoferowanej kwoty.

W tym kontekście szczegól na uwagę należy zwrócić na ofertę **wykonawcy Kom-Eko S.A.** z siedzibą w Lublinie (dalej jako: „**Kom-Eko**”), która została wybrana przez

zamawiającego jako oferta najkorzystniejsza dla **rejonów II I III**. Cena ofertowa dla **cz. II** złożona przez **wykonawcę Kom-Eko** wyniosła **768.117,17 zł** brutto, zaś dla **cz. III** – **1.377.393,68 zł** brutto.

Obie te kwoty są prawie dwa razy niższe od kwot, które **zamawiający** chciał przeznaczyć na realizację zamówienia w tych rejonach. Jednocześnie kwota podana przez **wykonawcę Kom-Eko** za jednostkowe opróżnienie kosza (1,48 zł) jest niższa od ceny oferowanej przez **wykonawcę SITA** (**1,70 zł dla cz. I oraz 1,85 zł dla cz. IV**). Tym bardziej niezrozumiałym i budzącym wątpliwości do równego traktowania **wykonawców** jest fakt, że oferta **wykonawcy Kom-Eko** została wybrana przez **zamawiającego** jako oferta najkorzystniejsza, podczas gdy droższa od niej oferta **wykonawcy SITA** została odrzucona, jako zawierająca rażąco niską cenę.

II. Brak rażąco niskiej ceny oferty wykonawcy SITA

II.1. Błędne założenia zamawiającego

Podstawą decyzji **zamawiającego** o odrzuceniu oferty **wykonawcy SITA** było twierdzenie, że uwzględnienie wyjaśnień **wykonawcy SITA** oznaczałoby, że **wykonawca** wykonywać będzie jedno opróżnienie kosza w **65-71 sekund**, uwzględniając czas dojazdu i dojeżdżania do kosza, wyjęcie worka z odpadami, założenie nowego worka oraz wrzucenie worka z odpadami do pojazdu. Według **zamawiającego** nie jest możliwa tak wysoka wydajność świadczenia tej usługi, co oznacza, że **odwołujący** „założył nierzetelne wykonywanie usługi”.

Odwołujący wskazuje jednak, że takie twierdzenie **zamawiającego** nie znajduje swojego uzasadnienia ani w treści **SIWZ**, ani w ofercie, ani w wyjaśnieniach **wykonawcy SITA z 11.02.2016 r.**

Zamawiający nie wyjaśnił w jaki sposób doszedł do swoich wyliczeń dotyczących tak wysokiej wydajności, która rzekomo wynika z wyjaśnień **wykonawcy SITA**. Po wynikach można się jedynie domyślać, że **zamawiający** przyjął następujące założenia:

- 1) łączna liczba opróżnień wyniesie w zakresie **cz. I – 446.993 szt. cz. IV – 547.628 szt.**, a tym samym miesięczna liczba (48 miesięcy) wyniesie odpowiednio **9.312 szt. i 11.409 szt.**;
- 2) opróżnienia dokonywane będą w **5 dniowym tygodniu pracy**, przy założeniu średnio **21 dni roboczych w miesiącu** (co daje przy maksymalnym wolumenie opróżnień **średnią dzienną liczbą 443 szt. dla cz. I i 543 szt. dla cz. IV** zamówienia);
- 3) opróżnienia dokonywane będą tylko przez **jednego pracownika** przez **8 h dziennie** (w wypadku **cz. IV** – dodatkowo przez drugiego pracownika co trzeci dzień).

Przyjmując najpewniej te założenia **zamawiający** otrzymał tak wysoką, niemożliwą do wykonania wydajność pracy, czyli **1 opróżnienie co 65 sekund dla cz. I i co 71 sekund dla cz. IV** zamówienia.

Jednak założenia **zamawiającego** co do zasady są całkowicie błędne, bo:

- 1) **odwołujący** zgodzić się może jedynie z założeniami maksymalnej liczby opróżnień, choć i tak zauważa to, że dotyczy ono maksymalnego wolumenu opróżnień, co wcale nie musi mieć miejsca, bo aktualna liczba koszy jest zdecydowanie niższa i tak dla **cz. I** wynosi ona **93 kosze opróżniane codziennie i 13 koszy opróżnianych co trzy dni**, a dla **cz. IV** liczba ta wynosi odpowiednio **128 szt. koszy opróżnianych codziennie i 25 szt. koszy opróżnianych co 3 dni**; w praktyce oznacza to średnią dzienną liczbę koszy do opróżnienia na poziomie **97 szt. dla cz. I i 136 szt. dla cz. IV**; pozostałe liczby mogą, ale wcale nie muszą wystąpić, w zależności od potrzeb **zamawiającego**;
- 2) pomimo powyższego oczywiste jest dla **wykonawcy**, że należy przyjąć w swych wyliczeniach maksymalnie możliwy wolumen opróżnień, czyli miesięcznie na poziomie **9,312 szt. dla cz. I i 11.409 szt. dla cz. IV**;
- 3) chybione jest kolejne założenie **zamawiającego**, że usługa wykonywana będzie jedynie **5 dni** w tygodniu, choć z treści **SIWZ** wynika, że w zasadzie usługa musi być wykonywana codziennie (bo opróżnienia koszy na odpady następują w cyklu dobowym) (por. **zał. nr 8 do SIWZ – zał. nr 2 do wzoru umowy**);
- 4) wreszcie nietrafne jest założenie, że usługa wykonywana będzie przy pomocy jednego pracownika (co oznacza pracę w **trybie 5/7 dni, 8/24 h**) dla **cz. I** i dwóch (choć nie w dwóch pełnych etatach) dla **cz. IV**.

Zamawiający wysnuł wniosek w pkt 4, najpewniej wskutek błędnego zinterpretowania wyjaśnień udzielonych przez **wykonawcę SITA** i braku wezwania **odwołującego** do dodatkowych wyjaśnień.

Prawdopodobnie **zamawiający** źle zrozumiał tę część wyjaśnień, w których **wykonawca SITA** wskazał, że koszt robocizny został skalkulowany w szczególności przy uwzględnieniu okresu trwania umowy z **zamawiającym**, liczby opróżnień dokonywanych w ciągu dnia, czasu pracy **kierowcy-ładowacza** (a w przypadku **cz. IV** również czasu pracy drugiego pracownika, który będzie pomagał w opróżnianiu koszy co 3 dni) oraz ich wynagrodzenia przy wykonywaniu tego zamówienia.

Przytaczane wyżej sformułowanie to nie oznaczało jednak, że całe zamówienie w zakresie **cz. I** wykonywane będzie za pomocą jednego pracownika. Oznaczało ono wyłącznie, że **załoga jednego pojazdu obsługującego opróżnianie koszy będzie jednoosobowa** (a w odniesieniu do **cz. IV** – co 3 dni załoga ta składać będzie się z dwóch osób **kierowca-ładowacz + ładowacz**). Wyjaśnienie to było konieczne, gdyż w tej branży standardem są załogi dwuosobowe, składające się z kierowcy oraz ładowacza.

Warto zauważyć, że **zamawiający** dochodząc do swojej konstatacji pominął bardzo istotną okoliczność, która przeczy temu błędnemu ustaleniu. Mianowicie **wykonawca SITA** w swych wyjaśnieniach wskazała, że koszt robocizny przypadający na jedno opróżnienie kosza w **cz. I wynosi 0,61 zł, a w cz. IV 0,72 zł**. Dokonując prostej kalkulacji, czyli mnożąc te **jednostkowe ilości przez miesięczną liczbę opróżnień** (uwzględniając ich maksymalny miesięczny wolumen czyli **9.312 dla cz. I i 11.409 dla cz. IV**) otrzymujemy kwoty miesięcznego kosztu robocizny na poziomie **5.680,32 zł dla cz. I i 8.214,48 zł dla cz. IV**.

Odwołujący porównał te kwoty ze stawką wynagrodzenia jednostkowego pracownika (jaka wynikała wprost z wyjaśnień) tj. kwotą **1.850 zł**, aby stwierdzić jak wysoce nietrafne jest założenie **zamawiającego**, że zamówienie zostanie wykonane w **cz. I za pomocą tylko jednego pracownika**, a w **cz. IV za pomocą 2 pracowników**, przy czym jednego pracującego wyłącznie co 3 dni.

Za stanowiskiem **zamawiającego** nie świadczy także fakt złożenia 3 umów o pracę. Są to bowiem przykładowe umowy o pracę, wskazujące realność wynagrodzenia przyjętego przez **odwołującego**. **Odwołujący** nie ma obowiązku składania umów o pracę dla wszystkich pracowników, którzy mają brać udział w realizacji zamówienia. Wystarczające jest odpowiednie i przykładowe wykazanie poziomu wynagrodzeń dla udowodnienia prawidłowości zaoferowanej ceny, co w rozpoznawanej sprawie się stało.

Te błędne założenia **zamawiającego** i niezrozumienie treści wyjaśnień skutkowały podjęciem decyzji o odrzuceniu oferty **wykonawcy SITA**. Już samo to powinno doprowadzić do uchylecia tej czynności **zamawiającego** i dokonania ponownej oceny ofert.

II. 2. Wyjaśnienia wykonawcy SITA

Wyjaśnienia składane przez **wykonawcę SITA**, a dotyczące elementów oferty mających wpływ na cenę w całości potwierdzają, że cena oferty skonstruowana została prawidłowo, wg słusznych założeń i umożliwia wykonanie zamówienia nie tylko bez straty, ale i z godziwym zyskiem.

Wyjaśnienia te sformułowane zostały w sposób prawidłowy, rzetelny i kompleksowy. Zawierają one wszelkie elementy wystarczające do oceny, że cena została skalkulowana z uwzględnieniem wszystkich kosztów oraz w wysokości pozwalającej na osiągnięcie godziwego zysku.

II.2.1. Elementy wspólne dla cz. I i cz. IV

II.2.1.1. Treść wyjaśnień wykonawcy SITA a treść wezwania, załączone dowody

W piśmie z **8.04.2016 r.** **zamawiający** w uzasadnieniu odrzucenia oferty **wykonawcy SITA** wskazał, że **wykonawca SITA** nie przedstawił w sposób wynikowy zasad kalkulowania

ceny jednostkowej – tj. szczegółowej kalkulacji (nie podał stawki roboczogodziny jaką brał do wyliczenia, nie określił czasu w jakim zamierza realizować usługę opróżniania koszy, utrzymania koszy, mycia, napraw itp.). Twierdzenie to jest dla **odwołującego** niezrozumiałe.

W wyjaśnieniach **odwołujący** wskazał szczegółową kalkulację cenową, z rozbiem na poszczególne składowe oferty, w tym także koszt robocizny, w odniesieniu do jednego kosza. Stawka roboczogodziny nie była wskazywana, nie było bowiem takiej potrzeby. Otrzymanie tej stawki było bowiem możliwe przez odniesienie do miesięcznego wynagrodzenia. Z kolei brak podania czasu na opróżnienie jednego kosza wynika z faktu, że czas ten nie stanowi elementu cenotwórczego. **Zamawiający** nie wskazał w zapytaniu, że oczekuje wskazania takiego czasu. Jeżeli podanie tych danych było dla niego niezbędne do dokonania oceny realności ceny, to powinien wezwać **odwołującego** do uzupełnienia wyjaśnień.

Wszelkie zarzuty do braków wyjaśnień **odwołującego** należy rozważyć w kontekście zapytania **zamawiającego** skierowanego do **wykonawcy SITA 9.02.2016 r.** (dalej jako: „Zapytanie”). **Zamawiający** w Zapytaniu nie określił szczegółowo zakresu żądanej informacji, wskazał tylko cenę globalną, porównując ją do kwoty przeznaczonej przez **zamawiającego** na realizację zamówienia. W pozostałej części, **zamawiający** powtórzył wyłącznie brzmienie ustawy, nie wykazując, jakich dokładnie elementów i dowodów będzie oczekiwał. **Zamawiający** nie może obciążać **odwołującego** negatywnymi konsekwencjami braku precyzyjności Zapytania. Wyjaśnienia **wykonawcy SITA** odnosiły się do wszelkich elementów cenotwórczych, kompleksowo prezentując kalkulacje **odwołującego**.

Do wyjaśnień załączono kluczowe dowody, a więc dotyczące czynników najbardziej kosztotwórczych takich jak koszty robocizny, umowy o dostawę paliwa czy umowy na zagospodarowanie odpadów komunalnych w instalacji. **Odwołujący** przedstawił też szczegółową kalkulację wszystkich elementów mających wpływ na cenę.

Wykonawcy w wyjaśnieniach nie są obowiązani udowadniać za pomocą faktur, umów czy innego tego rodzaju dowodów wszystkich, nawet najdrobniejszych elementów mających wpływ na cenę. Koszty marginalne nie mają bowiem kluczowego wpływu dla zdeterminowania czy cena oferowana przez **wykonawcę** jest rażąco niska. Oczekiwanie od **wykonawców**, że wykażą koszt każdej pojedynczej pozycji w kosztorysie powodowałoby nadmierne i niczym nieuzasadnione obciążenie **wykonawców**.

II.2.1.2. Sposób wykonania zamówienia

Przed przystąpieniem do szczegółowych wyliczeń **odwołujący** opisał sposób realizacji usługi będącej przedmiotem zamówienia. Na czas pracy przy realizacji zamówienia składają się w istocie 3 czynniki:

[1] czas fizycznego opróżnienia kosza,

[2] czas dotarcia do poszczególnych koszy oraz

[3] czas na okresowe czynności dodatkowe (np. sprzątanie dookoła koszy, mycie koszy).

Samo opróżnienie kosza zajmuje bardzo mało czasu, polega bowiem na wyciągnięciu worka i włożeniu nowego. Czynność ta zajmuje zazwyczaj **kilkanaście sekund**, bo przy jej wykonywaniu nie dokonuje się dodatkowych czynności (takich jak mycie kosza, zawiązywanie worka). Opróżnianie koszy w ramach zamówienia nie różni się w swej istocie od opróżniania koszy przez mieszkańców w indywidualnych gospodarstwach domowych.

Czas dojazdu, choć pozornie wydaje się długi (dla **cz. I należy opróżnić 97 koszy** dziennie, a dla **cz. IV – 136 koszy**), w istocie taki nie jest. Należy bowiem wziąć pod uwagę, że kosze usytuowane są w dużych skupiskach, zazwyczaj w parkach lub na skwerach, Wniosek taki można już nawet wysnuć wyłącznie w oparciu o **załącznik nr 2 do wzoru umowy**, wskazujący lokalizację koszy. 93 kosze na odpady (dla **cz. I**) rozmieszczone są bowiem tylko w 10 lokalizacjach. Przykładowo, w Parku na Czechowie znajduje się 25 koszy. Dla **cz. IV** – 126 koszy znajduje się w 19 lokalizacjach, z czego aż 53 w Parku Czuby, a 31 w Parku Rury. Przejście między poszczególnymi koszami w danej lokalizacji jest mało czasochłonne, gdyż odległości między nimi są relatywnie małe. Także przemieszczenie się pomiędzy poszczególnymi lokalizacjami nie zajmuje wiele czasu, gdyż Miasto Lublin ma relatywnie niewielki obszar, większość koszy zlokalizowana jest w pobliżu centrum miasta, a dodatkowo należy pamiętać, że obszar ten podzielono na cztery części. Dodatkowo większość opróżnień dokonywana jest poza godzinami szczytu komunikacyjnego, stąd pracownicy nie tracą czasu na stanie w korkach, czy czekanie na sygnalizacji świetlnej.

Przechodząc do pozostałych elementów zamówienia, występujących z nieokreśloną bliżej regularnością – takich jak sprzątanie wokół kosza, czyszczenie koszy, etc., należy wskazać, że konieczność wykonania tych czynności zachodzi niezwykle rzadko. Czynności te nigdy nie są wykonywane też dla wszystkich śmietników, a wyłącznie dla śmietników wybranych, dla których konieczność taka zachodzi. Tym samym, kiedy porównać ten czas do liczby wszystkich koszy wchodzących w zakres zamówienia, wartości te są znikome i nie wpływają w sposób istotny na wydłużenie czasu pracy.

Optymalizację pracy pomaga też osiągnąć specyfika zamówienia i branży „śmieciowej”. Pracownicy **wykonawcy SITA** zatrudnieni są w zmianowym systemie pracy. Umożliwia to uniknięcie korków, co prowadzi do skrócenia czasu potrzebnego na dojazd do poszczególnych lokalizacji. Większość pracowników związanych jest z **wykonawcą SITA** od wielu lat, co powoduje, że dobrze znają oni swoją pracę i problemy, które mogą wynikać przy opróżnianiu koszy. Są oni samodzielni w wykonywaniu swoich obowiązków i potrafią rozwiązywać napotkane problemy w krótkim czasie. To wszystko powoduje, że liczba

pracowników przyjęta przez **wykonawcę SITA** do wykonania zamówienia jest liczbą realną, pozwalającą na wykonanie zamówienia w sposób prawidłowy.

II.2.1.3. Przyjęte założenia kosztowe

Przyjęte przez **odwołującego** założenia kosztowe są prawidłowe, rzetelne i adekwatne do warunków rynkowych. Potwierdzają to złożone przez **wykonawcę SITA** wyjaśnienia do elementów cenotwórczych. Zawierają one bowiem wszelkie elementy wystarczające do oceny, że cena została skalkulowana z uwzględnieniem wszystkich kosztów oraz w wysokości pozwalającej na osiągnięcie godziwego zysku.

Odwołujący wykazał, jakie są rzeczywiste dane dla poszczególnych opróżnień. **Odwołujący** nie będzie powtarzał argumentów przywołanych w **pkt IV.1**, lecz przedstawi wyniki obliczeń, które **zamawiający** otrzymałby, gdyby nie popełnił wymienionych tam błędów. Wszelkie wyliczenia i wyjaśnienia znajdują swoje oparcie w treści wyjaśnień z **11.02.2016 r.**, a **odwołujący** jedynie wskazuje jak należy przeprowadzić prawidłową analizę, czy zaoferowana cena jest realna i umożliwia wykonanie zamówienia.

II.2.2. Sposób obliczenia ceny dla cz. I

Dla prawidłowych założeń przyjętych przez **wykonawcę SITA** w wyjaśnieniach, wychodzą wartości zgoła inne od wskazane przez **zamawiającego**. Przyjmując maksymalny wolumen zamówienia, tj. **9.312 koszy dla cz. I** miesięcznie oraz **czas pracy 2 pracowników** zatrudnionych na pełen etat – **336 godzin miesięcznie**, liczba koszy do opróżnienia w ciągu **godziny wynosi 27,7**, tj. dwukrotnie mniej, niż to wynika z obliczeń **zamawiającego**. Należy pamiętać, że jest to czas przyjęty dla maksymalnego wolumenu zamówienia, a jeżeli wolumen ten będzie w istocie mniejszy – wartość ta będzie proporcjonalnie niższa.

Biorąc pod uwagę dużą koncentrację koszy na relatywnie małym terenie, wyżej wskazane wartości i czasy opróżnień są danymi realnymi, pozwalającymi na wykonanie zamówienia za pomocą dwóch etatów. Gdyby jednak okazało się, że założenia **wykonawcy SITA** są niewystarczające, **odwołujący** przewidział w tej pozycji zapas kosztowy. Dwa etaty, po uwzględnieniu kosztów pracodawcy dają łączny koszt w wysokości **4.462,58 zł**. Przyjęty w kalkulacji **wykonawcy SITA** miesięczny wydatek na wynagrodzenia pracownicze wynosi zaś **5.680,32 zł**, co daje dodatkowe **1.397,74 zł miesięcznie** na pokrycie kosztów ewentualnych nadgodzin, zastępstw pracowników podczas nieobecności czy zatrudnienia dodatkowych pracowników sezonowych.

II.2.3. Sposób obliczenia ceny dla cz. IV

Analogicznie przedstawiają się wyliczenia dla **cz. IV**. Przyjmując maksymalny wolumen zamówienia, tj. **11.409 koszy dla cz. IV** miesięcznie, oraz czas pracy **2 pracowników**

zatrudnionych na pełen etat oraz trzeciego pracownika co trzy dni – **388 godzin miesięcznie**, liczba koszy do opróżnienia w ciągu godziny wynosi **29,4**. Należy pamiętać, że jest to czas przyjęty dla maksymalnego wolumenu zamówienia, a jeżeli wolumen ten będzie w istocie mniejszy – wartość ta będzie proporcjonalnie niższa.

Biorąc pod uwagę dużą koncentrację koszy na relatywnie małym terenie, wyżej wskazane wartości i czasy opróżnień są danymi realnymi, pozwalającymi na wykonanie zamówienia za pomocą dwóch etatów. Gdyby jednak okazało się, że założenia **wykonawcy SITA** są niewystarczające, **odwołujący** przewidział w tej pozycji zapas kosztowy. **Dwa etaty** oraz **jeden** niepełny, po uwzględnieniu kosztów pracodawcy dają łączny koszt w wysokości **5.206,34 zł**. Przyjęty w kalkulacji **wykonawcy SITA** miesięczny wydatek na wynagrodzenia pracownicze wynosi zaś **8.214,48 zł**, co daje dodatkowe **3.008,14 zł** miesięcznie na pokrycie kosztów ewentualnych nadgodzin, zastępstw pracowników podczas nieobecności, czy zatrudnienia dodatkowych pracowników sezonowych.

II.2.4. Sposób obliczenia ceny przez wykonawcę Kom-Eko

Wyliczenia te porównać można do danych wskazanych w zwycięskiej ofercie **wykonawcy Kom-Eko**. Podmiot ten wskazał, że zamówienie będzie realizował przy pomocy 2 pracowników zatrudnionych na pełen etat, wykonujących pracę przez 8 godzin dziennie od poniedziałku do piątku (łącznie średnio 336 godzin pracy w miesiącu), a dodatkowo przez inne 2-osobowe zespoły wykonujące pracę po 6 godzin w sobotę i niedzielę (łącznie średnio 48 godzin w miesiącu). Tym samym łączny czas pracy pracowników zatrudnionych przy opróżnianiu koszy wynosi **miesięcznie 384 godziny**.

Zgodnie z **zał. nr 7B do SIWZ**, maksymalny wolumen koszy do opróżnienia w ciągu całej umowy dla **cz. II to 478.770**, co daje liczbę **9.774 koszy** do opróżnienia miesięcznie. Dzieląc to przez zadeklarowane przez **wykonawcę Kom-Eko 336 godzin** pracy w miesiącu, otrzymujemy, że liczba koszy, które **wykonawca Kom-Eko** deklaruje opróżniać w ciągu **1 godz.** wynosi **26 koszy**.

Tym samym średni czas opróżnienia kosza wynosi około **2,3 minuty**. Jest to liczba zbliżona do czasu przewidzianego przez **odwołującego** (po dokonaniu korekty nieprawidłowości w obliczeniach **zamawiającego**). Niezrozumiałym jest, dlaczego w odniesieniu do **wykonawcy Kom-Eko** czas ten nie został zakwestionowany, podczas gdy oferta **wykonawcy SITA** została z tego powodu odrzucona.

III. Zaniechanie ponownego wezwania wykonawcy SITA do złożenia wyjaśnień

Odrzucenie oferty **wykonawcy SITA** powstało wskutek błędnej interpretacji wyjaśnień udzielonych przez **odwołującego**.

Odrzucenie oferty z powodu rażąco niskiej ceny powinno być pozbawione automatyzmu.

Zamawiający powinien wszechstronnie rozważyć okoliczności wskazania niższej ceny, a także dokładnie przeanalizować ofertę **wykonawcy SITA** i złożone wyjaśnienia. Już sam fakt, że cena **odwołującego** jest zbliżona do cen pozostałych **wykonawców** powinien zwrócić uwagę **zamawiającego** i doprowadzić do konkluzji, że jest to cena realna. **Zamawiający** w Zapytaniu wskazał tylko cenę globalną oferty **wykonawcy SITA**. Wyjaśnienia **odwołującego** w zakresie ceny były kompleksowe, w pełni uzasadniające wysokość oferowanej stawki.

W wypadku, kiedy **zamawiający** miał wątpliwości do znaczenia wyjaśnień **wykonawcy SITA** (objawiające się w szczególności w tym, że **zamawiający** przyjął, że **odwołujący** chce realizować usługę opróżniania wyłącznie za pomocą jednego pracownika), to powinien skierować kolejne zapytanie do **odwołującego**, z żądaniem wyjaśnień elementów niezrozumiałych dla **zamawiającego**. Zaniechania **zamawiającego** w tym zakresie doprowadziły do bezprawnego odrzucenia oferty **wykonawcy SITA**.

Nad problematyką ponownego wzywania w zakresie rażąco niskiej ceny pochylił się także Urząd Zamówień Publicznych w Informatorze Urzędu Zamówień Publicznych z listopada 2013 r. Urząd wskazał, że uwzględniając normę **art. 55 ust. 2 dyrektywy klasycznej** w szczególności użyty w niej zwrot „konsultacje”, uznać należy, że działania **zamawiającego** zmierzające do wyjaśnienia „rażąco niskiej ceny” nie mogą się ograniczać się do jednorazowej czynności tj. jednokrotnego wezwania wykonawcy do złożenia wyjaśnień w przypadku, gdy okoliczności przedstawione w już złożonych wyjaśnieniach wymagają w ocenie **zamawiającego** dalszego usuwania powstałych wątpliwości.

Podobnie na gruncie polskich regulacji wypowiedział się Sąd Okręgowy w Warszawie w wyroku z 5 lipca 2007 r. (**sygn. akt V Ca 2214/06**), w którym stwierdził, że dla zakwalifikowania oferty do dalszego postępowania nie jest wystarczające złożenie jakichkolwiek wyjaśnień, lecz wyjaśnień odpowiednio umotywowanych przekonujących, że zaproponowana cena nie zawiera rażąco niskiej ceny. Tym samym, z literalnej wykładni powyższych przepisów wynika, że **zamawiający** dla rzeczywistej weryfikacji oferty wykonawcy w kontekście rażąco niskiej ceny w stosunku do przedmiotu zamówienia nie może poprzestać na jednokrotnym wezwaniu **wykonawcy** w trybie **art. 90 ust. 1 Pzp**, jeżeli nadal ma wątpliwości w przedmiotowym zakresie, pomimo złożonych przez tego wykonawcę wyjaśnień.

Powyższe stanowisko znajduje swoje potwierdzenie także w świetle celowościowej wykładni powyższych przepisów. Celem **art. 90 Pzp** jak i **art. 55 dyrektywy klasycznej** jest wyeliminowanie z postępowania ofert tych **wykonawców**, którzy proponują realizację przedmiotu zamówienia na warunkach niemożliwych do spełnienia, nierealnych, nierzeczywistych. Uwzględniając konieczność ochrony szeroko definiowanego interesu

publicznego, jak i ochrony naczelnej zasady systemu zamówień publicznych – zasady uczciwej konkurencji i równego traktowania **wykonawców**, niedopuszczalne jest powierzenie wykonania zamówienia **wykonawcy**, który nie zrealizuje przedmiotu zamówienia w sposób zgodny z treścią złożonej oferty. Możliwość kilkukrotnego wzywania wykonawcy do złożenia wyjaśnień w trybie **art. 90 ust. 1 Pzp**, została również potwierdzona przez Sąd Okręgowy w Olsztynie, który w wyroku z 9 grudnia 2010 r. (**sygn. akt V Ga 122/10**), jednoznacznie wskazał, że brak jest przeszkód do ponownego wzywania wykonawcy do złożenia wyjaśnień, jeżeli pierwotne wyjaśnienia nie rozwiąły wątpliwości **zamawiającego** związanych z „rażąco niską ceną”.

W celu podjęcia decyzji o braku bądź istnieniu podstaw do odrzucenia oferty **wykonawcy** z powodu rażąco niskiej ceny, **zamawiający** powinien umożliwić **wykonawcy** wyjaśnienie wszystkich wątpliwości, jakie zrodziły się u **zamawiającego** w związku z ceną zaproponowaną przez **wykonawcę**, a także ze złożonymi przez **wykonawcę** wyjaśnieniami. Celem przepisu nakładającego obowiązek żądania wyjaśnień jest ochrona **wykonawcy** przed arbitralnością decyzji podejmowanych przez **zamawiającego**. Stąd też, **zamawiający** mając nadal, po złożeniu przez **wykonawcę** wyjaśnień, wątpliwości do okoliczności uzasadniających zaoferowaną przez **wykonawcę** cenę, może żądać od **wykonawcy** dalszych wyjaśnień. Jest to szczególnie uzasadnione w sytuacji, gdy **zamawiający** nie wyspecyfikował zakresu oczekiwanych informacji w pierwszym kierowanym do **wykonawcy** wystąpieniu, bądź w sytuacji, gdy nowe wątpliwości wyniknęły na tle treści już złożonych wyjaśnień.

W świetle ww. orzeczeń jasnym jest, że skoro **zamawiający** powziął wątpliwość do znaczenia udzielonych wyjaśnień, powinien wezwać **wykonawcę SITA** do ich doprecyzowania. Wyjaśnienia **odwołującego** zawierały bowiem wszelkie niezbędne elementy do ich przyjęcia. Odrzucenie oferty nastąpiło więc nie wskutek niewystarczających wyjaśnień, czy też błędów zawartych w wyjaśnieniach, lecz niewłaściwej interpretacji **zamawiającego**. Podkreślenia wymaga, że nie jest obowiązkiem składającego wyjaśnienia antycypowanie wszelkich wątpliwości **zamawiającego**. Zwłaszcza w wypadku, gdy jak w tej sytuacji, **zamawiający** nie kwestionuje żadnego z elementów oferty, a raczej jej ogół, wyjaśnienia składane są niejako „w ciemno”.

Zamawiający zarzucił w piśmie z **8.04.2016 r.**, że **wykonawca** powołuje się na posiadanie własnego warsztatu dla pojazdów, korzystanie ze zniżek na zakup materiałów eksploatacyjnych, korzystanie z preferencyjnych cen i zniżek w hurtowniach i u producentów, nie przedstawiając żadnego dowodu w tym zakresie. Ponownie powtórzyć trzeba, że jeżeli u **zamawiającego** zrodziły się wątpliwości czy **wykonawca SITA** w istocie posiada wyjątkowo korzystne warunki handlowe, to **zamawiający** powinien wezwać do uzupełnienia dowodów w tym zakresie. Ciężar dowodowy, który konstytuuje **art. 90 ust. 2 Pzp**, nie oznacza bowiem,

że **odwołujący** obowiązany jest przedstawić dowód na każde ze swoich twierdzeń. W szczególności, nie jest on obowiązany wykazywać ceny kosztów marginalnych, nie mających znaczenia dla oferty. Powodowałoby to nadmierne i niczym nieuzasadnione obciążenie **wykonawców**. **Wykonawca SITA** w składanych wyjaśnieniach załączył umowy z pracownikami, a także udowodnił ponoszone koszty paliwa. To te dwie pozycje stanowią podstawowe koszty dla wykonania zamówienia, Jeżeli **zamawiający** uznał, że niezbędne jest też złożenie pozostałych umów i rachunków, powinien był dodatkowo wezwać **odwołującego** do uzupełnienia wyjaśnień w tym zakresie.

Odwołujący przesłał w terminie kopię odwołania **zamawiającemu 18.04.2016 r.** (art. 180 ust. 5 i art. 182 ust. 1-4 Pzp).

Zamawiający przesłał w terminie 2 dni kopię odwołania innym wykonawcom **19.04.2016 r.** (art. 185 ust. 1 in initio Pzp).

Do **22.04.2016 r.** żaden **wykonawca** nie złożył (1) Prezesowi KIO, z kopiami dla (2) **zamawiającego** i (3) **odwołującego**, pisma o zgłoszeniu przystąpienia po którejkolwiek stronie do postępowania toczącego się w wyniku wniesienia odwołania (art. 185 ust. 2 Pzp).

Po przeprowadzeniu rozprawy z udziałem stron, na podstawie dokumentacji postępowania, wyjaśnień oraz stanowisk stron zaprezentowanych podczas rozprawy – **Krajowa Izba Odwoławcza ustaliła i zważyła, co następuje:**

Izba stwierdziła, że odwołanie nie jest zasadne.

W ocenie **Izby** zostały wypełnione łącznie przesłanki zawarte w art. 179 ust. 1 Pzp, to jest posiadania interesu w uzyskaniu danego zamówienia oraz wystąpienia możliwości poniesienia szkody przez **odwołującego**.

Izba postanowiła dopuścić, jako dowód, dokumentację postępowania o udzielenie zamówienia publicznego przekazaną przez **zamawiającego**, potwierdzoną za zgodność z oryginałem.

Ponadto **Izba** oparła wyrok na:

dowodach złożonych przez odwołującego:

- 1) (dowód nr 1) wydruk mapki fragmentu Lublina z częściami I i IV dla zobrazowania czasu przejazdu około 1,5 godziny, z której **odwołujący**

wywodzi, że czas poświęcony na dojazdy wynosi około 1,5 godziny, a więc wykonawcy pozostaje 6,5 godziny na ścisłe wykonywanie usługi opróżniania koszy;

- 2) (dowód nr 2) przeliczenia wartości kosztów robocizny na liczbę etatów, z którego odwołujący wywodzi, że liczba etatów do wykonania usługi jest wystarczająca;

dowodzie złożonym przez zamawiającego:

- 3) (dowód nr A) zdjęcia koszy z widokiem zaśmieconego terenu wokół kosza na wykazanie występowania zjawiska zaśmiecenia wokół kosza, a nie tylko w worku plastikowym wewnątrz kosza.

Izba ustaliła, że stan faktyczny postępowania o udzielenie zamówienia publicznego (postanowienia specyfikacji istotnych warunków zamówienia oraz informacje zawarte w ogłoszeniu o zamówieniu) nie jest sporny.

W ocenie Izby, zarzut **pierwszy** naruszenia **art. 7 Pzp** przez nierówne traktowanie wykonawców i prowadzenie postępowania z uchybieniem zasad uczciwej konkurencji – nie zasługuje na uwzględnienie.

Izba ustaliła, że **odwołujący** stwierdził, że odrzucenie oferty z powodu rażąco niskiej ceny powinno być pozbawione automatyzmu. I właśnie **zamawiający** zwrócił się do **wykonawców** o udzielenie wyjaśnień zgodnie z przepisem **art. 90 ust. 1 in initio Pzp**, który to przepis brzmi: »Jeżeli cena oferty wydaje się rażąco niska w stosunku do przedmiotu zamówienia i budzi wątpliwości zamawiającego co do możliwości wykonania przedmiotu zamówienia zgodnie z wymaganiami określonymi przez zamawiającego lub wynikającymi z odrębnych przepisów, w szczególności jest niższa o 30% od wartości zamówienia lub średniej arytmetycznej cen wszystkich złożonych ofert, **zamawiający zwraca się o udzielenie wyjaśnień**, w tym złożenie dowodów, dotyczących elementów oferty mających wpływ na wysokość ceny, w szczególności w zakresie [...]«. Następnie **zamawiający** przeanalizował wyjaśnienia złożone przez **wykonawców** i **zamawiający** doszedł do wniosku, że wyjaśnień wraz z dostarczonymi dowodami potwierdza, że oferta zawiera rażąco niską cenę, co wypełniło przesłankę odrzucenia oferty na podstawie **art. 90 ust. 3 Pzp**, który to przepis brzmi »Zamawiający odrzuca ofertę wykonawcy, który nie złożył wyjaśnień lub jeżeli dokonana ocena wyjaśnień wraz z dostarczonymi dowodami potwierdza, że oferta zawiera rażąco niską cenę w stosunku do przedmiotu zamówienia«.

Izba stwierdza, że zgodnie z treścią **art. 90 ust. 1 Pzp zamawiający** ma obowiązek wyjaśnić kwestię wysokości zaoferowanej ceny gdy cena ofertowa będzie niższa o 30% [1] od wartości zamówienia **lub** [2] średniej arytmetycznej cen wszystkich złożonych ofert. Ze względu na użycie przez ustawodawcę w tym wyrażeniu spójnika »**lub**« wyrażenie to musi być traktowane jako alternatywa nierozłączna, a więc wystarczy aby zaszła jedna przesłanka, żeby **zamawiający** był zobligowany do wszczęcia procedury wyjaśniania elementów oferty mających wpływ na wysokość ceny. **Wykonawcy** zapoznali się z wartością zamówienia ustaloną przez **zamawiającego** bezpośrednio przed otwarciem ofert, gdy **zamawiający** podał kwotę, jaką zamierza przeznaczyć na sfinansowanie zamówienia. Od tej pory **wykonawcy** mogli wnosić zastrzeżenia do wysokości wartości szacunkowej zamówienia ustalonej przez **zamawiającego**, a w tym także mogli wnosić środki ochrony prawnej. Jednak żaden z **wykonawców** nie wniósł w ustawowym terminie odwołania od tej czynności **zamawiającego** i dlatego **Izba** nie może odnieść się do zarzutów **odwołującego** dotyczących wartości zamówienia ustalonej przez **zamawiającego**, a także wynikającej ze średniej arytmetycznej cen wszystkich złożonych ofert. Wynika to z **art. 182 ust. 3 pkt 1 Pzp**, który to przepis brzmi »Odwołanie wobec czynności innych niż określone w ust. 1 i 2 wnosi się [...] w przypadku zamówień, których wartość jest równa lub przekracza kwoty określone w przepisach wydanych na podstawie art. 11 ust. 8 – w terminie 10 dni od dnia, w którym powzięto lub przy zachowaniu należytej staranności można było powziąć wiadomość o okolicznościach stanowiących podstawę jego wniesienia«, a także z przepisu **art. 189 ust. 2 pkt 3 Pzp**, który to przepis brzmi »**Izba odrzuca odwołanie**, jeżeli stwierdzi, że [...] odwołanie zostało wniesione po upływie terminu określonego w ustawie«.

Ponadto **Izba** stwierdziła, że **zamawiający** na równi zwrócił się także do innego **wykonawcy** o wyjaśnienie kwestii wysokości zaoferowanej ceny. Jednak analiza tych wyjaśnień doprowadziła do konstatacji, że **wykonawca** ten nie zaoferował rażąco niskiej ceny. Zgodnie z długoletnią praktyką należy **Izba** podkreśla, że rażąco niska cena nie jest wartością oderwaną do sytuacji konkretnego **wykonawcy**. Na stwierdzenie rażąco niskiej ceny ma wpływ analiza nie tylko poszczególnych liczb, jakie deklarują **wykonawcy**, ale także wystąpienie nieograniczonej liczby czynników, a niektóre z nich przykładowo zostały wskazane w **art. 90 ust. 1 Pzp**.

Dodatkowo należy stwierdzić, że **odwołujący** złożył ofertę na inne części zamówienia niż przyrównywany **wykonawca Kom-Eko**, dlatego tym trudniej doszukiwać się w każdym elemencie tych ofert prostych analogii.

W ocenie **Izby**, **odwołujący** nie wykazał zasadności zarzutu **pierwszego** naruszenia **art. 7 Pzp** przez nierówne traktowanie wykonawców i prowadzenie postępowania z uchybieniem zasad uczciwej konkurencji, dlatego zarzut pierwszy nie może zasługiwać na uwzględnienie.

W ocenie **Izby**, zarzut **drugi** naruszenia **art. 89 ust. 1 pkt 4 Pzp w zw. z art. 90 ust. 3 Pzp** przez przyjęcie, że oferta **wykonawcy SITA** w zakresie **cz. I i cz. IV** zamówienia zawiera rażąco niską cenę, a w konsekwencji, odrzucenie tej oferty oraz w ocenie **Izby**, zarzut **czwarty** naruszenia **art. 90 ust. 1 Pzp i art. 7 ust. 1 Pzp** przez zaniechanie wezwania **wykonawcy SITA** do złożenia w trybie **art. 90 ust. 1 Pzp** dalszych wyjaśnień dotyczących elementów oferty mających wpływ na wysokość ceny, pomimo że **zamawiający** powinien, jeżeli miał nowe wątpliwości powstałe wskutek złożenia przez **odwołującego** wyjaśnień w zakresie rażąco niskiej ceny, rozwiązać te wątpliwości przez ponowne wezwanie do złożenia dodatkowych wyjaśnień – nie zasługują na uwzględnienie.

Wykonawca SITA zaferował cenę wykonania zamówienia niższą o więcej niż **30%** od wartości zamówienia ustalonej przez **zamawiającego**. W związku z tym **zamawiający** wszczął procedurę badania oferty w celu stwierdzenia, że oferta nie opiewa na rażąco niską cenę, co wynika z **art. 90 ust. 1 Pzp**.

Zamawiający oczekują w takich przypadkach od **wykonawców** złożenia wyczerpujących wyjaśnień i dowodów dotyczących elementów oferty mających wpływ na wysokość ceny. W rozpoznawanym przypadku **wykonawca SITA (obecny odwołujący)** oświadczył o założeniu cen jednostkowych i opisał je. **Wykonawca SITA** poinformował o posiadaniu magazynów, rozbudowany dział administracji, personel nadzorczo-kontrolny i zatrudnionych specjalistów ds. ochrony środowiska. **Wykonawca SITA** także załączył do wyjaśnień dowód w postaci 3 kopii umów o pracę na najniższe wynagrodzenie konkretnych pracowników. Ponadto **wykonawca SITA** w ramach szczegółowych wyjaśnień i decydujących o wysnuciu wniosków o zawieraniu w ofercie rażąco niskiej ceny stwierdził cyt. »W kosztach robocizny oprócz kosztów pracy członków ekip odbiorowych uwzględnione zostały również koszty zatrudnienia personelu niezbędnego do kontrolowania prawidłowego wykonania zamówienia, sporządzenia sprawozdań itp.«. **Wykonawca ten** również przedstawił inne składniki w kosztach robocizny, np. lit. d i e str. 5 wyjaśnień z 11.02.2016 r. cyt. »Spółka w swojej kalkulacji przyjęła, że nie będzie ponosić dodatkowych kosztów z tytułu podstawienia dodatkowych koszy, gdyż koszt robocizny z [za – Izba] tę czynność został ujęty już w koszcie robocizny [...]. [...]. Powyższy koszt nie jest wysoki, gdyż koszt robocizny za tę czynność został ujęty już w koszcie robocizny«. **Izba** stwierdza, że **zamawiający** ma prawo wezwać wykonawcę do wyjaśnień dodatkowych elementów, które nie zostały w pełni wyjaśnione, jednak wyjaśnienia te nie mogą doprowadzić do zmiany treści oferty czy równoznacznego ze zmianą treści oferty – zmianą złożonych wyjaśnień. Wynika to z **art. 87 ust. 1 Pzp**, który brzmi »W toku badania i oceny ofert zamawiający może żądać od wykonawców wyjaśnień dotyczących treści złożonych ofert. Niedopuszczalne jest

prorowadzenie między zamawiającym a wykonawcą negocjacji dotyczących złożonej oferty oraz, z zastrzeżeniem ust. 1a i 2, dokonywanie jakiegokolwiek zmiany w jej treści«. Nawet dowody złożone z odwołaniem i na rozprawie nie wykazały, że oferta realnie nie zawiera rażąco niskiej ceny. Dowody załączone do odwołania dotyczyły (załączniki 1-4) spraw formalnych związanych z wniesieniem odwołania i (załącznik 5) zapytanie **zamawiającego** skierowanego do **wykonawcy SITA** z 9.04.2016 r. oraz (załącznik 6) pismo **zamawiającego** z 8.04.2016 r., a dowody złożone na rozprawie to wydruk mapki fragmentu Lublina na wykazanie czasu przejazdu z bazy do miejsc spełnienia usługi (**dowód nr 1**) i przeliczenia wartości kosztów robocizny na liczbę etatów na wykazanie, że liczba etatów do wykonania usługi jest wystarczająca (**dowód nr 2**). Również stanowisko **odwołującego**, że sprzątnięcie zaśmiecenie terenu wokół koszy jest zjawiskiem sporadycznym z doświadczenia życiowego można określić jako niezasadne, szczególnie widząc dowód zaśmieconego terenu wokół kosza przedstawiony przez zamawiającego (**dowód A**).

Na podstawie wyżej omówionych okoliczności **Izba** jest obowiązana stwierdzić, że **wykonawca** złożył wyjaśnienia wraz z dowodami (złożonymi z odwołaniem i na rozprawie). Dowody te i stanowisko **odwołującego** potwierdzają, że oferta zawiera rażąco niską cenę w stosunku do przedmiotu zamówienia (**art. 90 ust. 3 Pzp**) i **zamawiający** miał obowiązek odrzucić ofertę **odwołującego** stosując się do **art. 89 ust. 1 pkt 4 Pzp**, który to przepis brzmi »Zamawiający odrzuca ofertę, jeżeli [...] zawiera rażąco niską cenę w stosunku do przedmiotu zamówienia«. W przypadku stwierdzenia przez **zamawiającego**, że oferta zawiera rażąco niską cenę **wykonawca**, który być może ma jeszcze jakieś argumenty na wykazanie, że oferta nie opiewa na rażąco niską cenę nie może wymagać od **zamawiającego** aby **zamawiający** powtórnie zwrócił się o wyjaśnienie treści oferty czy jakichkolwiek elementów oferty bądź wcześniej złożonych wyjaśnień. Nie wyklucza to możliwości zadania pytań do zwracającego się o wyjaśnienia **zamawiającego** np. w jakim konkretnie zakresie **wykonawca** ma udzielić wyjaśnień i jakie dokumenty powinien złożyć jako dowody niezaisnienia rażąco niskiej ceny. Dodatkowo **Izba** stwierdza, że zadanie takiego pytania czy pytań nie wstrzymuje ani nie zawiesza biegu terminu ustalonego przez **zamawiającego** na udzielenie wyjaśnień, chyba że sam **zamawiający** dojdzie do takiego wniosku i przedłuży termin na złożenie wyjaśnień przez **wykonawcę**.

Izba stwierdza, że zarzut **drugi** naruszenia **art. 89 ust. 1 pkt 4 Pzp w zw. z art. 90 ust. 3 Pzp** przez przyjęcie, że oferta **wykonawcy SITA** w zakresie **cz. I i cz. IV** zamówienia zawiera rażąco niską cenę oraz w ocenie **Izby** zarzut **czwarty** naruszenia **art. 90 ust. 1 Pzp i art. 7 ust. 1 Pzp** przez zaniechanie wezwania **wykonawcy SITA** do złożenia w trybie **art. 90 ust. 1 Pzp** dalszych wyjaśnień dotyczących elementów oferty mających wpływ na wysokość ceny, pomimo że **zamawiający** powinien, jeżeli miał nowe wątpliwości powstałe

wskutek złożenia wyjaśnień przez **odwołującego**, rozwiązać te wątpliwości przez ponowne wezwanie do złożenia dodatkowych wyjaśnień – nie zasługuje na uwzględnienie.

W ocenie **Izby**, zarzut **trzeci** naruszenia **art. 93 ust. 1 pkt 1 Pzp** przez unieważnienie postępowania w zakresie **cz. I** zamówienia, podczas gdy oferta złożona przez **odwołującego** nie podlegała odrzuceniu – nie zasługuje na uwzględnienie.

8.04.2016 r. zamawiający zawiadomił wykonawców o unieważnieniu postępowania w zakresie **cz. I** zamówienia na podstawie **art. 93 ust. 1 pkt 1 Pzp**, który to przepis brzmi »Zamawiający unieważnia postępowanie o udzielenie zamówienia, jeżeli [...] nie złożono żadnej oferty niepodlegającej odrzuceniu albo nie wpłynął żaden wniosek o dopuszczenie do udziału w postępowaniu od wykonawcy niepodlegającego wykluczeniu, z zastrzeżeniem pkt 2 i 3«. Od decyzji o odrzuceniu ofert **wykonawców** odwołał się tylko **wykonawca SITA** i to tylko w zakresie odrzucenia oferty **wykonawcy SITA**, a zatem **Izba** stwierdza, że odrzucenie ofert w przypadku pozostałych **wykonawców** jest niepodważalne. Również zdaniem **Izby** było zasadne odrzucenie oferty **odwołującego**, jak zostało to wykazane powyżej. Dlatego **Izba** ma obowiązek stwierdzić, że wszystkie oferty w zakresie **cz. I** zamówienia podlegają odrzuceniu. W związku z tym **zamawiający** podstawnie zastosował się do **art. 93 ust. 1 pkt 1 Pzp** i unieważnił postępowanie.

Z tego względu w ocenie **Izby**, zarzut **trzeci** naruszenia **art. 93 ust. 1 pkt 1 Pzp** przez unieważnienie postępowania w zakresie **cz. I** zamówienia – nie może zasługiwać na uwzględnienie.

Zamawiający – podczas prowadzenia postępowania – nie naruszył wskazanych przez **odwołującego** przepisów ustawy z dnia 29 stycznia 2004 r. – Prawo zamówień publicznych.

Z powyższych względów oddalono odwołanie, jak w sentencji.

O kosztach postępowania odwoławczego **Izba** orzekła na podstawie **art. 192 ust. 9 i 10 Pzp**, czyli stosownie do wyniku postępowania uznając za uzasadnione koszty wynagrodzenia pełnomocnika zamawiającego w kwocie **3 600,00 zł** zgodnie z **§ 3 pkt 1 i pkt 2 lit. b 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 2010 r. Nr 41, poz. 238).

Przewodniczący: