

WYROK
z dnia 02 grudnia 2019 r.

Krajowa Izba Odwoławcza - w składzie:

Przewodniczący: Emil Kawa
Członkowie Przemysław Dzierzędzki
Magdalena Grabarczyk

Protokolant: Mikołaj Kraska

po rozpoznaniu na rozprawie w dniu 29 listopada 2019 roku w Warszawie odwołania wniesionego do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej w dniu 15.11.2019 r. przez wykonawcę **Przedsiębiorstwo Handlowo Usługowe Komunalnik Sp. z o. o., ul. Św. Jerzego 1a, 50-518 Wrocław** w postępowaniu prowadzonym przez **Miasto Bydgoszcz, ul. Jezuicka 1, 85-102 Bydgoszcz**

przy udziale wykonawcy **REMONDIS Bydgoszcz Sp. z o. o., ul. Inwalidów 45, 85-749 Bydgoszcz** zgłaszającego swoje przystąpienie do postępowania odwoławczego po stronie zamawiającego

orzeka

1. Uwzględni odwołanie i nakazuje zamawiającemu unieważnienie czynności wyboru najkorzystniejszej oferty, unieważnienie czynności odrzucenia oferty odwołującego Przedsiębiorstwa Handlowo Usługowego Komunalnik Sp. z o. o., ul. Św. Jerzego 1a, 50-518 Wrocław oraz nakazuje ponowną ocenę i badanie ofert,
2. Kosztami postępowania obciąża zamawiającego Miasto Bydgoszcz, ul. Jezuicka 1, 85-102 Bydgoszcz i zalicza w poczet kosztów postępowania kwotę 15 000,00 (piętnaście tysięcy) złotych uiszczonych przez odwołującego tytułem wpisu od odwołania,
3. Zasadza od zamawiającego Miasta Bydgoszcz na rzecz odwołującego Przedsiębiorstwa Handlowo Usługowego Komunalnik Sp. z o. o., kwotę 18 600,00 (osiemnaście tysięcy sześćset) złotych tytułem zwrotu uiszczonego wpisu od

odwołania w kwocie 15 000,00 złotych oraz kosztu wynagrodzenia pełnomocnika w kwocie 3 600,00 złotych.

Stosownie do art. 198a i 198b ustawy z dnia 29 stycznia 2004 r. - Prawo zamówień publicznych (tj. Dz. U z dnia 27 września 2019 r. poz. 1843) na niniejszy wyrok - w terminie 7 dni od dnia jego doręczenia - przysługuje skarga za pośrednictwem Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej do Sądu Okręgowego w Bydgoszczy..

Przewodniczący:

Członkowie

.....

UZASADNIENIE

Miasto Bydgoszcz, ul. Jezuicka 1, 85-102 Bydgoszcz, dalej zwane „zamawiającym” prowadzi postępowanie o udzielenie zamówienia publicznego prowadzonego w trybie przetargu nieograniczonego, dla wartości zamówienia większej niż kwoty określone w art. 11 ust. 8 Pzp, którego przedmiotem jest świadczenie usługi pod nazwą „*Odbieranie odpadów komunalnych od właścicieli nieruchomości zamieszkałych i niezamieszkałych na terenie miasta Bydgoszczy, w sektorach od I do IX. w okresie o 1 stycznia 2020 r. do 31 grudnia 2023 r.*”.

Zamawiający w dniu 5 listopada 2019 roku dokonał wyboru najkorzystniejszej oferty oraz poinformował o odrzuceniu oferty wykonawcy Przedsiębiorstwa Handlowo Usługowego Komunalnik Sp. z o. o., ul. Św. Jerzego 1a, 50-518 Wrocław zwanego dalej „odwołującym”.

Od takiej czynności Zamawiającego Odwołujący wniósł odwołanie do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej. We wniesionym odwołaniu zarzucił Zamawiającemu że dopuścił się naruszenia art. 89 ust. 1 pkt 4 oraz art. 90 ust. 1-3 Pzp, poprzez przyjęcie, że zaoferowana przez odwołującego cena (dla sektora II, IV i V) jest rażąco niska w zakresie:

- a) kosztów paliwa, gdyż w ocenie zamawiającego istnieje potrzeba przejechania miesięcznie 52.800 km (sektor II), 48.620 km (sektor IV) i 63.360 km (sektor V), gdy tymczasem w rzeczywistości dla zapewnienia prawidłowego odbioru odpadów komunalnych ze wszystkich punktów przy zachowaniu wymaganej do tego częstotliwości wystarczające jest przejechanie maksymalnie 21.200 km (sektor II), 22.880 km (sektor IV) i 31.680 km (sektor V) miesięcznie,
- b) kosztów mycia pojazdów, gdyż w ocenie zamawiającego jednostkowy koszt mycia pojazdu wynosi przynajmniej 200,00 zł netto, gdy tymczasem koszt ten jest niższy (110,00 zł netto wskazane przez odwołującego), w szczególności z uwagi na skalę usługi zamówionej przez odwołującego u podmiotu zajmującego się myciem pojazdów,
- c) kosztów wyposażenia pojazdów w system RFID i system rejestracji zdjęć wraz z kosztami licencji, gdyż w ocenie zamawiającego odwołujący pominął koszty: (i) zakupu, serwisu i zamontowania kamer na pojazdach, (ii) transmisji danych (zdjęć) na serwer, (iii) archiwizacji zdjęć w postaci elektronicznej, (iv) serwisu elementów systemu RFID oraz (v) licencji dla odwołującego, gdy tymczasem przedstawione przez odwołującego w ramach wyjaśnień rażąco niskiej ceny oferty podmiotów zewnętrznych zapewniających rzeczony systemy obejmują wszystkie niezbędne koszty,
- d) kosztów worków big bag gdyż w ocenie zamawiającego odwołujący przewidział dla obsługi mieszkańców rocznie tylko: (i) 500 worków z wymaganych 933 dla sektora II, (II) 750 worków z wymaganych 1.508 dla sektora IV, (iii) 1.000 worków z wymaganych

892 dla sektora V, gdy tymczasem odwołujący przewidział w rzeczywistości (odpowiednio) 2.000 worków, 3.000 worków, 4.000 worków, a więc rocznie dla każdego sektora przeszło 1.000 worków więcej niż wymagał zamawiający. Wynika to z faktu, że worki big bag są workami wielokrotnego użytku, a wytrzymałość pojedynczego worka zaoferowanego przez odwołującego wystarczy na 5 cykli, czyli w przeliczeniu na lata - 5 lat (zamówienie obejmuje tylko 4 lata),

e) kosztów rozstawienia, mycia i zebrania pojemników gdyż w ocenie zamawiającego odwołujący w wyjaśnieniach rażąco niskiej ceny pominął po 1 (słownie: jednej) sztuce pojemników o pojemności 120 l, 240 l i 1100 l oraz błędnie przyjął, że pojemniki o pojemności 660 l mogą być rozstawione, myte i zabrane w cenie przewidzianej dla „małych pojemników”, w sytuacji gdy odwołujący z ostrożności skalkulował na każdym sektorze więcej pojemników niż wymagał zamawiający (o niemal 10%), a więc zarzucenie odwołującemu braku 1 (słownie: jednej) sztuki wskazanych rodzajów pojemników jest absurdalne, oraz gdy profesjonalny podmiot zewnętrzny wskazany przez odwołującego w wyjaśnieniach rażąco niskiej ceny zaoferował mu rozstawienie, umycie i zebranie pojemników o pojemności 660 l za cenę „małych pojemników”), co wynika z faktu, że pojemniki tej wielkości rozstawia się, myje i zbiera dokładnie tak samo jak pojemniki o pojemności 60 l, 120 l, 240 l, a nie jak pojemniki duże 1100 l. Ponadto, odwołujący zwrócił uwagę, że koszty określone w punktach b) - e) nie są w ogóle istotną częścią składową zamówienia (w rozumieniu art. 90 ust. 1 Pzp). Łączna wartość tych kosztów i to w zawyżonej wysokości błędnie wyliczonej przez zamawiającego, oscyluje w granicach ok. 3,5% ceny zaoferowanej przez odwołującego. Co więcej, wskazana przez zamawiającego różnica tych kosztów w stosunku do wartości przyjętych przez odwołującego w wyjaśnieniach rażąco niskiej ceny może być w pełni pokryta z zaplanowanego przez odwołującego z zysku (różnica dla tychże kosztów ujmowanych łącznie stanowi bowiem tylko ok. 10% zaplanowanego zysku).

Biorąc pod uwagę powyższe odwołujący wskazał na naruszenie przez zamawiającego art. 90 ust. 1 - 3 w zw. z art. 7 ust. 1 i 3 Pzp w zakresie w jakim:

a) zamawiający uznał, że odwołujący nie wykazał w przedłożonych wyjaśnieniach, że zaoferowana przez niego cena nie jest rażąco niska, w sytuacji w której z kalkulacji przedstawionej przez odwołującego wynika, że prawidłowo zidentyfikował on i ustalił koszty wykonania zamówienia, a zaoferowane wynagrodzenie jest realne, w szczególności zaś pozwala mu na osiągnięcie zysku,

b) w którym zamawiający zaniechał ponownego wezwania odwołującego do złożenia dalszych wyjaśnień, w sytuacji gdy wszystkie z uwag zamawiającego względem odwołującego mogły zostać skorygowane w oparciu o prawidłowe rozumienie kompleksowo przedstawionych danych zawartych w pierwotnych wyjaśnieniach.

Podnosząc powyższe zarzuty odwołujący wniósł o nakazanie zamawiającemu:

- 1) unieważnienie czynności odrzucenia oferty odwołującego dla sektora II, IV i V,
- 2) unieważnienie czynności wyboru najkorzystniejszej oferty w sektorze II, IV i V,
- 3) nakazanie zamawiającemu powtórzenia czynności badania i oceny ofert oraz dokonania wyboru oferty odwołującego jako najkorzystniejszej.

Na wstępie przedstawienia stanu faktycznego sprawy wskazać należy, że odwołujący przesłał Izbie oraz zamawiającemu dwie wersje odwołania z których jedna posiadała zanonimizowane pewne treści, które odwołujący chciał zastrzec jako tajemnica przedsiębiorstwa. Podkreślić należy, że pomimo braku podstawy do zastrzeżenia informacji zanonimizowanych jako tajemnicy przedsiębiorstwa, to zarówno zamawiający jak i przystępujący do postępowania po stronie zamawiającego wykonawca REMONDIS nie podnieśli w tym zakresie zastrzeżeń i zarzutów. Zamawiający wręcz uznał, iż takie zastrzeżenie treści w odwołaniu, biorąc pod uwagę treści zastrzeżone jako tajemnica przedsiębiorstwa w złożonych wyjaśnieniach rażąco niskiej ceny za zasadne. Natomiast przystępujący w złożonym piśmie procesowym wniósł o odtajnienie z oferty odwołującego tylko kwestii ujętej w pkt 3 pisma, a dotyczącej miejsca położenia bazy magazynowo-transportowej odwołującego podanego w ofercie.

Dalsze odniesienie się Izby do prawidłowości działań zamawiającego w zakresie tajemnicy przedsiębiorstwa, zostanie omówione (w ograniczonym zakresie z powodu braku zarzutu odwołania w tym zakresie i wniosku przystępującego) przy ocenie zarzutów odwołania i składanych dowodów przez odwołującego.

Powyższa kwestia w sposób niewątpliwy determinuje zakres przedstawionego stanu faktycznego i argumentacji stron w przedmiotowym uzasadnieniu orzeczenia Izby. Równocześnie Izba uznała, że niezasadnym jest przedstawianie uzasadnienia w dwóch wersjach – jedna odnosząca się do pełnej treści odwołania, a druga uwzględniająca zastrzeżenie tajemnicy przedsiębiorstwa, gdyż w oparciu o analizę dokumentacji postępowania i stanowiska stron oraz uczestnika postępowania jest możliwe przedstawienie uzasadnienia orzeczenia w sposób umożliwiający stronom pełne poznanie motywów takiego rozstrzygnięcia Izby.

Równocześnie podkreślenia wymaga fakt, że odwołaniem objęta została czynność zamawiającego o odrzuceniu ofert odwołującego złożonych na trzy sektory II, IV i V. Pomimo tego faktu to zarówno odwołujący, jak i zamawiający na początku rozprawy uznali, że wystarczającym będzie przedstawienie argumentacji i dowodów dla sektora II, gdyż zarówno podstawy odrzucenia ofert, jak i argumentacja odwołującego jest tożsama dla każdego z sektorów. Zamawiający odrzucił oferty wobec uznania, że odwołujący w każdym z sektorów w sposób nieprawidłowy skalkulował cenę w zakresie rodzajów kosztów, tj.:

- a) koszt paliwa,
- b) koszt mycia pojazdów,
- c) koszt wyposażenia pojazdów w system RFID i system rejestracji zdjęć wraz z kosztami licencji,
- d) koszt zapewnienia worków big bag,
- e) koszt rozstawienia, mycia i zebrania pojemników.

Odwołujący odnosząc się do odrzucenia oferty na wstępie podał, że przedmiotem postępowania jest świadczenie usługi odbioru (bez zagospodarowania) odpadów komunalnych przez cztery najbliższe lata. Zagospodarowanie odpadów odbywać się będzie w dwóch instalacjach wskazanych przez zamawiającego (jedna dla odpadów zmieszanych i jedna dla pozostałych odpadów). To zamawiający ponosi bezpośrednio koszty zagospodarowania odpadów.

Odbiorem objętych zostało 8 frakcji odpadów: (i) odpady zmieszane, (ii) papier i tektura, (iii) metale i tworzywa sztuczne, (iv) szkło i opakowania ze szkła, (v) odpady bio, (vi) wielkogabaryty, (vii) odpady budowlane oraz (viii) leki. Częstotliwość odbioru poszczególnych frakcji odpadów określona jest w stosownych aktach prawa miejscowego wskazanych w SIWZ, z których wynika, że (w ramach każdego sektora) pojedynczy punkt powstawania odpadów należy uśredniająco odwiedzić 2,5-krotnie w cyklu tygodniowym. Zamawiający według odwołującego przyjął ryczałtowy charakter wynagrodzenia.

Zamawiający podzielił teren miasta Bydgoszcz na 9 sektorów, dopuszczając tym samym możliwość złożenia ofert częściowych na poszczególne sektory.

Odwołujący złożył ofertę na 3 sektory:

- 1) sektor II - gdzie zaoferował wykonanie usługi za 18.683.993,40 zł; zamawiający przewidział na sfinansowanie usługi 22.067.640,00 zł;
- 2) sektor IV - gdzie zaoferował wykonanie usługi za 23.038.482,02 zł; zamawiający przewidział na sfinansowanie usługi 28.333.800,00 zł;
- 3) sektor V - gdzie zaoferował wykonanie usługi za 24.854.554,20 zł; zamawiający przewidział na sfinansowanie usługi 30.677.400,00 zł.

We wszystkich tych sektorach oferta odwołującego była najkorzystniejsza (w ramach przyjętych kryteriów oceny).

Nadto podał, że cena ofertowa odwołującego jest - w przypadku sektora II - niższa o 15,33% od wartości zamówienia powiększonej o należny podatek oraz o 15,18% od średniej arytmetycznej wszystkich ofert, w przypadku - sektora IV - niższa o 18,69% od wartości zamówienia powiększonej o należny podatek oraz o 17% od średniej arytmetycznej wszystkich ofert, a w przypadku sektora V - niższa o 18,98% od wartości zamówienia powiększonej o należny podatek oraz o 11,77% od średniej arytmetycznej wszystkich ofert.

Mimo zatem, że zaofferowana przez odwołującego cena nie przekracza progu, który obliguje do przeprowadzenia procedury wyjaśnień rażąco niskiej ceny to 17 września 2019 r. zamawiający za pośrednictwem platformy przetargowej wezwał odwołującego w trybie art. 90 ust. 1 do złożenia wyjaśnień elementów oferty mających wpływ na wysokość ceny w zakresie sektorów, na które odwołujący złożył ofertę. Odwołujący 26 września 2019 r. złożył bardzo obszerne wyjaśnienia odrębnie dla każdego z sektorów, zastrzegając ich treść jako tajemnicę przedsiębiorstwa. Do przedmiotowych wyjaśnień przedłożono materiał dowodowy, zaś w treści samych wyjaśnień ujęto nie tylko wszystkie wskazane przez zamawiającego elementy oferty, ale również – jak twierdzi odwołujący, wszystkie elementy, co do których odwołujący ma świadomość, iż są istotne dla ustalania cen ofertowych w zakresie usług odbioru odpadów, mimo iż zamawiający wprost takiego żądania nie wyartykułował.

Nadto podkreślił, że zamawiający szacując wartość zamówienia posłużył się opracowaniem zleconym podmiotowi zewnętrznemu - tak bowiem wynika z udostępnionych odwołującemu dokumentów, tj. „Wartość zamówienia publicznego” oraz „Szacunkowa wartość zamówienia publicznego”. Opracowaniem stanowiącym podstawę do ustalenia wartości zamówienia jest „Analiza finansowa systemu gospodarki odpadami w Mieście Bydgoszczy i kalkulacja opłaty za gospodarowanie odpadami komunalnymi”, sporządzona przez DS Consulting sp. z o.o. Analiza ta opiera się przede wszystkim na kosztach usługi świadczonej na rzecz zamawiającego w roku poprzednim. Na podkreślenie wg. odwołującego zasługuje fakt, iż na terenie Bydgoszczy usługę odbioru odpadów od lat realizują te same miejscowe podmioty. Zdaniem odwołującego brak konkurencji na rynku lokalnym z całą pewnością spowodował zawyżenie realnych kosztów realizacji usługi.

W zakresie zarzutu dotyczącego zniżenia ceny w ofercie za zakup paliwa niezbędnego do wykonania zamówienia podał, że przyjął jako podstawę do wyliczeń zużycie na poziomie 65 /100 km. Średnie spalanie dla jednego pojazdu z taboru posiadanego przez odwołującego (bez jednak różnicowania na rodzaje pojazdów) jest znacznie niższe i wynosi ok. 35 l na 100 km. Na dowód tego, że istnieje realna rezerwa w kosztach paliwa wynikająca z zawyżenia poziomu spalania odwołujący przedstawił w ramach wyjaśnień rażąco niskiej ceny zestawienia spalania pojazdów aktualnie jeżdżących po podobnych sektorach jak te wskazane powyżej. Dodał, że w przedmiotowym przypadku, zawyżenie poziomu spalania jest nadto konsekwencją tego, iż każdy z pojazdów będzie codziennie przejeżdżał do 100 km pusto, przy zachowaniu ciągłości jazdy i bez pracy komory załadowniczej (dojazd z bazy do sektora i z powrotem). W takich warunkach należałoby przyjąć średnie spalanie na maksymalnym poziomie 25 l na 100 km. Zważywszy, że co najmniej ¼ trasy każdego pojazdu odbywać się będzie w takim właśnie trybie, to zwiększa miesięczną/dzienną pulę możliwych do przejechania kilometrów o przeszło 30%. Założona miesięczna/dzienna pula kilometrów do przejechania przeliczona na jeden pojazd jest wartością uśrednioną. Nie

oznacza to, że każdy pojazd przejedzie właśnie taką liczbę kilometrów (odpowiednio do sektorów 160 km, 130 km, 180 km). Niektóre pojazdy przejadą więcej, a niektóre mniej kilometrów, w zależności od tego ile kursów wykonają z sektora do właściwej instalacji zagospodarowania odpadów. Dla oceny wykorzystania miesięcznej/dziennej puli kilometrów istotna jest natomiast suma długości zakładanych trasówek dla wszystkich pojazdów na danym sektorze, a nie hipotetyczna (uśredniona) długość jednostkowa. Podał, że np. w jednym z sektorów (gdzie odwołujący zadeklarował 8 pojazdów) możliwe jest, że każdego dnia 4 pojazdy przejadą trasę: baza - sektor - instalacja - sektor - instalacja - baza (z czego 2 odbierać będą odpady zmieszane, a 2 odpady selektywnie zbierane), a pozostałe cztery trasę: baza - sektor - instalacja - baza (wszystkie te pojazdy będą odbierać odpady selektywnie zbierane). Podał, że w złożonych wyjaśnieniach przedstawił zamawiającemu wszelkie składniki niezbędne do ustalenia, iż zaoferowana do przejechania liczba kilometrów i związana z tym potrzebna ilość paliwa do pojazdów są wystarczające do wykonania zamówienia. Natomiast zamawiający uznał, że koszty paliwa w skali całego kontraktu zostały zaniżone przez odwołującego o 60%. Podniósł, że zamawiający stwierdził, iż odwołujący nie uwzględnił w swojej kalkulacji kilometrów potrzebnych na objazd sektorów (prace w sektorach), co miałyby wynikać z następującego wyliczenia długości trasy: baza - sektor - instalacja - baza, dla jednego pojazdu, którą ten musi pokonać codziennie, z rozbiciem na 1, 2, 3 i 4 kursy: sektor - instalacja w dziennej trasówce. W ocenie zamawiającego, tam gdzie długość dziennej trasówki bez pracy na sektorze przekracza przyjęty przez odwołującego uśredniony przebieg jednego pojazdu tam odwołujący nie ma fizycznej możliwości realizacji usługi. Nawiązując do powyższego podał, że wyliczenie zamawiającego należy traktować jako minimalną dzienną liczbę kursów (sektor - instalacja), odwołujący dla potrzeb realizacji przedmiotowego zamówienia przyjmuje i skalkulował większą niż zamawiający liczbę kursów (sektor - instalacja), w ramach założonej długości trasówek poszczególnych pojazdów (w ramach miesięcznej/dziennej puli kilometrów).

Podkreślił, że zamawiający w oparciu o powyższe dane doszedł do wniosku, że w przypadku odpadów zmieszanych, bioodpadów i odpadów wielkogabarytowych odwołujący nie będzie w stanie fizycznie wykonać usługi. Odwołujący nie wie, w jaki sposób z powyższych danych można wyprowadzić taką konkluzję. Konfrontując dane przyjęte przez zamawiającego z rzeczywistością oraz przyjętymi przez odwołującego założeniami z wyjaśnień rażąco niskiej ceny, nie można zgodzić się z tezą o zaniżeniu przez odwołującego kosztów paliwa o 60%, co miałyby być efektem przyjęcia zbyt małej liczby kilometrów na potrzeby obsługi poszczególnych sektorów. Jest dokładnie odwrotnie. To zamawiający zawyżył o 60% liczbę kilometrów potrzebnych do obsługi poszczególnych sektorów co jest wynikiem kilku popełnionych przez niego błędów logicznych w założeniach, co więcej błędów które dodatkowo nałożyły się na siebie.

Stwierdził, że zamawiający przyjął prawidłowe dane początkowe (wyjściowe) do swoich wyliczeń jednakże w dalszych wyliczeniach popełnił błąd.

Pierwszy błąd logiczny popełniony przez zamawiającego polega na tym, że utożsamiał on uśrednioną długość trasy, jaką może w ciągu dnia przejechać jeden pojazd odwoławczego na danym sektorze z długością faktycznej trasówki jaką będzie pokonywał pojedynczy pojazd odwoławczego w celu odebrania odpadów komunalnych na sektorze.

Pierwsza z wartości jest wynikiem działania matematycznego - podzielenia (iloraz):

- miesięcznej puli kilometrów do przejechania na sektorze wskazanej przez odwoławczego w wyjaśnieniach rażąco niskiej ceny w danym sektorze przez średnią liczbę dni roboczych w miesiącu (22 dni) i przez liczbę pojazdów przewidzianych przez odwoławczego do obsługi danego sektora (6 pojazdów w sektorze II, 8 pojazdów w sektorze IV i 8 pojazdów w sektorze V).

Druga z wartości zależna jest natomiast od: (i) ilości odpadów poszczególnych frakcji, (ii) ładowności danego pojazdu odwoławczego, (iii) liczby kursów na trasie: sektor - instalacja potrzebnych do odebrania i wysypu na instalacji odpadów poszczególnych frakcji oraz (iv) przebiegu trasy już na samym sektorze, a więc długości pracy na sektorze. Jest to więc wartość indywidualnie ustalana dla pojedynczego pojazdu na dzień. Dopiero suma pojedynczo ustalonych wartości dla poszczególnych pojazdów na sektorze pozwoli ocenić, czy odwołujący przewidział dostateczną liczbę kilometrów do obsługi danego sektora, czy też nie.

Tym samym, błędem logicznym popełnionym przez zamawiającego było porównanie tych dwóch wartości dla pojedynczego (jednego) pojazdu w izolacji od tego jak jego trasówka wpływa na trasówki innych pojazdów przewidzianych do obsługi tego sektora. Skoro łączna liczba kursów na sektorze jest stała oraz liczba pojazdów dla sektora także jest stała to logicznym wnioskiem jest to, że jeżeli jeden z pojazdów odbędzie więcej kursów niż wynika to z wyliczonej średniej, to to inny pojazd musi odbyć tych kursów mniej niż wynika z tej średniej. Dokonanie wyliczenia w taki sposób jak zrobił to zamawiający nie pozwala wyciągnąć wniosku, czy odwołujący przewidział kilometry potrzebne do pracy na sektorze (na przejazd po sektorze), a jeżeli tak, to ile tych kilometrów przewidział. W konsekwencji wniosek zamawiającego, iż odwołujący nie przewidział kilometrów na objazd całego sektora nie może być prawidłowy. Odwołujący zaznacza przy tym, że nie jest możliwa sytuacja aby pojazd, który wróci do bazy ponownie w tym samym dniu wyjechał na ten sam sektor. Innymi słowy, nie będzie tak że któryś z pojazdów przejedzie więcej niż raz trasę: baza - sektor i instalacja – baza. Odwołujący podał, iż założył bardzo dużą rezerwę na spalaniu paliwa, którą przewidział z ostrożności. Urealniając tę rezerwę wedle zasad opisanych wcześniej (zamiast 186 km pracy na sektorze odwołujący mógłby przejechać aż 522 km na sektorze, czyli każdego dnia odwiedzić pojedynczą nieruchomość 5-krotnie.

W świetle powyższego nie można mieć wątpliwości, że odwołujący przewidział w wyjaśnieniach rażąco niskiej ceny zarówno odpowiednią liczbę kilometrów dla pracy na sektorze, jak i że przyjęta przez niego miesięczna/dzienna pula kilometrów na sektor w zupełności wystarcza by odebrać wszystkie odpady, wszystkich frakcji, ze wszystkich nieruchomości.

Niezależnie od powyższego odwołujący wskazał na kolejny błąd logiczny, którego dopuścił się zamawiający, a dotyczący przyjęcia przez zamawiającego (w ramach wzoru matematycznego, który posłużył mu do wyliczenia miesięcznej puli kilometrów dla sektora), że odwołującemu dla zapewnienia obsługi sektora potrzebne będzie odbycie tyle samo kursów na trasie: sektor - instalacja, co poprzedniemu operatorowi. Liczba tych kursów jest sprawą indywidualną dla każdego wykonawcy i wynika z jego know-how oraz wypracowanego przez lata doświadczenia w zakresie optymalizacji pracy. Co więcej, kolosalne znaczenie ma tutaj tabor pojazdowy używany przez wykonawcę. To właśnie charakterystyka taboru odwołującego, w szczególności ładowność pojazdów i dysponowanie pojazdami dwukomorowymi (takimi, które mogą równocześnie bez mieszania odbierać odpady dwóch frakcji), pozwala na zmniejszenie mu liczby kursów potrzebnych do odebrania poszczególnych frakcji odpadów.

Uwzględniając rezerwę wynikającą z zawyżonego spalania dzienna pula kilometrów do przejechania na samym sektorze (praca na sektorze) w tym przypadku wynosiłaby 499 km, jest to wartość kilkukrotnie przekraczająca rzeczywiste potrzeby. Jak wynika z powyższego, we wszystkich powyższych wariantach pozostała liczba kilometrów do wykorzystania pozwala odwołującemu zaangażować w realizację usługi dodatkowe pojazdy. Odwołujący przewidział do realizacji zadania więcej pojazdów niż wymagał zamawiający, a biorąc pod uwagę wyliczoną ilość paliwa na dany sektor to odwołujący przy jego pomocy może dziennie w sektorze przejechać średnio ponad 400 km.

W zakresie kolejnej podstawy do uznania iż cena oferty odwołującego została skalkulowana w sposób zaniżony zamawiający wskazał na koszt mycia pojazdów. Odwołujący zaoferował stawkę niewiele ponad 100 zł. Odwołujący podał, że stawka ta jest stawką uśrednioną, gdyż w taborze odwołującego, który planowany jest do wykorzystania podczas realizacji zadania, znajdują się różne pojazdy, tj. o różnej wielkości i konstrukcji i generujące przez to inne koszty mycia (różnie klasyfikowane przez podmioty wykonujące usługę).

Zamawiający w zawiadomieniu o odrzuceniu oferty zakwestionował jedynie jednostkową stawkę za mycie pojazdu przyjmując że usługa ta powinna kosztować 200,00 zł netto, ewentualnie 290,00 zł brutto (czyli ok. 235,00 zł netto). Zamawiający przy ocenie realności tego kosztu pierwszy błąd logiczny popełnił uznając, że wszystkie pojazdy odwołującego są takie same i generują takie same koszty mycia, a tak przecież nie jest. Odwołujący zwraca

uwagę, że zamawiający zdawał sobie sprawę (co wynika z treści zawiadomienia o odrzuceniu oferty), że w taborze odwołującego znajdują się pojazdy o różnej wielkości. Dodatkowo wyjaśnił, że pierwszą z podanych stawek (200,00 zł netto) zamawiający przyjął na podstawie samodzielnie znalezionej cennika podmiotu prowadzącego działalność gospodarczą ponad 300 km od Bydgoszczy (pod Wrocławiem). Odwołujący przedłoży natomiast na rozprawie cennik podmiotu działającego blisko jego bazy, który dodatkowo potwierdza realność przyjętej przez niego stawki. Drugą natomiast stawkę (235,00 zł) zamawiający ustalił w rozmowie telefonicznej, z pracownikiem firmy. Jest to podmiot, z którego pochodzi jedna z ofert przedstawionych przez odwołującego jako załącznik do wyjaśnień rażąco niskiej ceny. Zamawiający popełnił w tym przypadku jednak błąd, gdyż nie ustalił podczas wspomnianej rozmowy telefonicznej jaka stawka z cennika będzie właściwa w przypadku nie pojedynczego mycia pojazdu, ale w przypadku stałej (cyklicznej) współpracy, co w normalnych relacjach rynkowych pozwala mu uzyskać znaczny rabat na jednym myciu.

Odnosząc się do zarzutu niskiego skalkulowania kosztu wyposażenia pojazdów w system RFID i rejestracji zdjęć oraz zakup licencji podał, że w wyliczeniach w sposób szczegółowy wskazał jakie odwołujący poniesie koszty z tego tytułu. Podkreślił, że wszystkie dane wynikają z jego kalkulacji złożonej w ramach wyjaśnień rażąco niskiej i poparte są odpowiednimi dowodami, z tym że zawarte są one w kilku odrębnych tabelach powołanej kalkulacji. Podał, że koszt wyposażenia pojazdów w system RFID i rejestracji zdjęć opisany jest w punkcie 3.1.4. „Koszty wyposażenia pojazdów w system identyfikacji pojemników RFID” kalkulacji. W tym samym miejscu (pkt 3.1.4. kalkulacji) opisane są koszty transmisji danych z pojazdów. Koszty serwisu systemu RFID (w tym kamer) zostały ujęte w punkcie 3.1.1. „Koszty ogólne pojazdów” pozycja 2 „Naprawy/serwis” kalkulacji. Oczywiście jest bowiem dla odwołującego, że po faktycznym wyposażeniu pojazdów w system RFID (wraz z kamerami), elementy te stają się częścią samego pojazdu (jego częścią składową w rozumieniu kodeksu cywilnego). Stąd też koszty serwisu tych elementów należy traktować jako koszty serwisu samego pojazdu. Odwołujący bazując na swoim doświadczeniu w kalkulacji przyjął, iż koszty serwisu systemu RFID (w tym kamer), nie stanowią więcej niż 15% ogólnych kosztów serwisu pojazdów. Odwołujący zawyżył w ofercie kwotę na ten cel. Nadto jak wynika z dokumentów załączonych do wyjaśnień rażąco niskiej ceny, odwołujący posiada 12 miesięczną gwarancję dostawcy tego systemu. Koszty zakupu licencji dla zamawiającego ujęte natomiast zostały w punkcie 3.1.5. „Pozostałe koszty pojazdu” pozycja 3 „10 licencji dla zamawiającego (dostęp do systemu RFID)” kalkulacji. Podniósł, że zamawiający w informacji o odrzuceniu oferty nie negując realności kosztów wyposażenia pojazdów w system RFID i rejestracji zdjęć przyjętych przez odwołującego, zarzucił mu pominięcie części kosztów, niezbędnych zdaniem zamawiającego do poniesienia.

Zamawiający dokonując wyliczeń własnych przyjął jednak błędne założenia, które z jednej strony doprowadziły do zaniżenia kwoty jaką odwołujący przewidział w kalkulacji na wyposażenie pojazdów w system RFID (wraz systemem rejestracji zdjęć, jego serwisem i licencjami), a z drugiej do jednoczesnego zawyżenia kosztów jakie mogą być uznane za niezbędne do wdrożenia tego systemu u odwołującego.

Odwołujący stwierdził, że przewidział również koszty zakupu i montażu kamer. O tym, że odwołujący zapomniał tego zrobić miałyby zdaniem zamawiającego świadczyć treści oferty wykonawcy usługi wdrożenia systemu (oferta z 24 kwietnia 2019 r. załączona do wyjaśnień rażąco niskiej ceny). Zamawiający myli się jednak przyjmując, że w treści tej oferty nie przewidziano zakupu i montażu kamer. Oba te elementy mieszczą się w pierwszej (zakup) i ostatniej (montaż) pozycji oferty, czyli odpowiednio w pozycji pod nazwą „system identyfikacji pojemników opróżnianych c-ident HL” oraz „instalacja systemu c-ident HL”.

W zakresie niedoszacowania w ofercie kosztu zakupu worków typu big bag wskazać na wstępie należy, że odwołujący stwierdził, że nie ma podstaw, aby dalej utrzymywać tajemnicę przedsiębiorstwa w tym zakresie i przy obecności przystępującego omówił powyższą kwestię. Stwierdził, że po pierwsze, worki big bag nie są udostępniane mieszkańcom miasta Bydgoszcz trwale do swobodnego użytku (tak jak pojemniki na cały okres realizacji kontraktu). Odwołujący w ramach realizacji zamówienia zobowiązany będzie do udostępniania worka w razie zgłoszenia takiej potrzeby przez mieszkańca na okres maksymalnie 30 dni. Przy czym udostępnienie tego worka możliwe będzie za pobraniem przez odwołującego kaucji (stanowi o tym pkt VI.2 OPZ). Odwołujący planuje pobierać kaucję w wysokości 30,00 zł netto, to jest w wysokości pozwalającej mu odkupić worek big bag w razie gdyby mieszkaniec go zniszczył lub nie oddał. Innymi słowy, liczba worków zakupiona przez odwołującego nie będzie ulegała zmniejszeniu z uwagi na czynniki zewnętrzne - będzie stała przez cały okres umowy (czyli odpowiednio będzie to 2.000 worków w sektorze II, 3.000 worków w sektorze IV i 4.000 worków w sektorze V).

Po drugie, worki big bag są workami wielokrotnego użytku. Worki kosztujące aż 30,00 zł netto za sztukę (czyli takie jakie skalkulował odwołujący) są workami o zwiększonej trwałości. Odwołujący zdecydował się na realizację umowy przy użyciu droższych worków dlatego, że średnio zapewniają one obsłużenie przynajmniej 5 cykli. Przy takiej wytrzymałości odwołujący może odebrać odpady budowlane ze wskazanej wyżej liczby worków, aż 10.000 razy w sektorze II, 15.000 w sektorze IV, i aż 20.000 razy w sektorze V, co w przeliczeniu na rok daje odpowiednio (dla sektorów) 2.500, 3.750 i 5.000 odebranych worków big bag. Oczywistym jest zatem, że taka liczba odebrań przewyższa znacznie tą wskazaną przez zamawiającego.

Podkreślił, że błędem zamawiającego było pominięcie faktu, iż worki te są workami wielokrotnego użytku i nie podlegają trwałemu udostępnianiu mieszkańcom. Stąd też

zamawiający błędnie potraktował wartość worków dla całego kontraktu jako wartość roczną, w efekcie czego czterokrotnie zawyżył liczbę worków potrzebnych do realizacji umowy. Innymi słowy, zamawiający popełnił błąd logiczny przyjmując założenie, iż odwołujący musi co rok nabyć nową partię worków big bag, mimo że te nabyte pierwotnie ciągle będą nadawać się do użytku. Prawidłowe jest zatem stanowisko odwołującego, który dla bezpieczeństwa podwoił liczbę worków big bag wymaganych przez zamawiającego (co w pełni zabezpiecza prawidłową realizację umowy) i dla tej wartości wyliczył koszt ich zakupu. Odwołujący nadto zwraca uwagę, iż w świetle art. 90 ust. 1 pzp znaczenie miałyby tylko niedoszacowanie istotnej części składowej (gdyby w ogóle przyjąć, że w tym przypadku da się podzielić wynagrodzenie ryczałtowe na części). Koszt zakupu big bag, nawet przyjmując zawyżoną przez zamawiającego wartość, stanowi nieznaczny ułamek zaoferowanej ceny i wynosi odpowiednio dla poszczególnych sektorów średnio około 0,70% ceny ofertowej.

W zakresie kosztu rozstawienia, mycia i zebrania pojemników podał, że zamawiający zakwestionował koszty rozstawienia, mycia i zbierania pojemników jedynie w przypadku kosztów skalkulowanych przez odwołującego dla sektora II. W przypadku sektora IV i V zamawiający kwestionuje jedynie koszt zbierania pojemników. Odwołujący z ostrożności przewidział więcej pojemników do rozstawienia, mycia i zebrania niż wymagał zamawiający. W konsekwencji odwołujący posiada 10% rezerwy (o tyle bowiem odwołujący zawyżył liczbę pojemników) w koszcie mycia na każdym sektorze. Dodał także, że zamawiający uznał potrzebę mycia wszystkich pojemników, co jest niezasadne, gdyż odwołujący nie będzie mył pojemników, które są składowane u niego na bazie jako zapasowe. Odwołujący będzie mył przeciwieństwo tylko te pojemniki, które są rozstawione na sektorach używane przez mieszkańców, a ich liczba jest mniejsza o 10% od założeń odwołującego. W sektorze II zamawiający zakwestionował przyjęty przez odwołującego koszt rozstawienia, mycia i zebrania z dwóch przyczyn. Pierwszą przyczyną jest rzekome pominięcie 3 (słownie trzech) pojemników (jednego o pojemności 1201, jednego o pojemności 240 l i jednego o pojemności 1.100 l). Przy czym zamawiający rzeczony brak ustalił nie w odniesieniu do wymaganej liczby pojemników w OPZ, lecz do liczby pojemników przyjętej przez odwołującego do zakupu. Drugą przyczyną jest natomiast błędne, oczywiście w ocenie zamawiającego, zakwalifikowanie przez odwołującego pojemników o pojemności 660 l do pojemników „małych”, czyli tych dla których przewidziano niższe stawki jednostkowe za rozstawienie.

Nadto odwołujący podniósł, że zamawiający nie może czynić odwołującemu zarzutu z tego powodu, że ten ograniczył przyjętą przez siebie wartość w jednym aspekcie kalkulacji (ustaloną dla innych potrzeb), w stosunku do innej wartości z tej kalkulacji (ustalonej dla innych potrzeb). Odwołujący faktycznie przewidział, że zakupi o 10% więcej pojemników niż wskazał zamawiający. Celem tego jest posiadanie rezerwy na wypadek uszkodzeń pojemników i ewentualnego powstania dodatkowego punktu odbioru odpadu. W żadnym

jednak wypadku nie oznacza to, że taką samą liczbę pojemników odwołujący powinien skalkulować dla potrzeb ustalenia kosztów rozstawienia, mycia i zebrania. Jest to zakres kalkulacji oceniany samodzielnie, i odwołującemu nie można zabronić samoograniczenia liczby pojemników. Może on przecież uznać, iż z rezerwy zakupionych pojemników tylko część będzie faktycznie wymagała użycia.

Reasumując podniesioną argumentację odwołujący dodatkowo podał, że przedłożona przez niego w ramach procedury wyjaśnień rażąco niskiej ceny szczegółowa kalkulacja kosztów, w pełni potwierdza realność zaoferowanej przez niego ceny (ujmowanej jako całość), w tym realność poszczególnych pozycji kosztowych. Odwołujący przedstawił przy tym szereg dowodów świadczących o rynkowym charakterze jego założeń. Trudno uznać jego stanowisko za ogólnikowe, czy niepoparte odpowiednimi dokumentami.

Co istotne, wszystkie rzekomo niedoszacowane przez odwołującego koszty, z wyjątkiem jednak kosztów paliwa (które jest przecież prawidłowo ustalone przez odwołującego, tak zresztą jak i pozostałe koszty), mogą być w pełni pokryte z przyjętych rezerw kosztowych lub z zaplanowanego zysku. Odwołujący przypomina, że łączna kwota rzekomego niedoszacowania kosztów zamówienia (nie uwzględniając kosztów paliwa) stanowi co najwyżej 10% zaplanowanego zysku. Z całą jednak stanowczością odwołujący kwestionuje jakoby błędnie ustalił zanegowane przez zamawiającego elementy kosztotwórcze, tj. nie doszacował jakichś kosztów lub je pominął.

Jest dokładnie odwrotnie. To zamawiający z powodu opisanych wyżej błędów logicznych w przyjętych przez siebie założeniach, doprowadził do zawyżenia kosztów ponad ich rynkowe wartości możliwe do osiągnięcia przez odwołującego.

Zamawiający w pisemnej odpowiedzi na odwołanie wniósł o jego oddalenie. Podał, że zamawiający, w związku z faktem, iż zaoferowane przez PHU KOMUNALNIK Sp. z o.o. ceny w Sektorze II, Sektorze IV oraz Sektorze V wydawały się rażąco niskie w stosunku do przedmiotu zamówienia i budziły wątpliwości zamawiającego, co do możliwości wykonania przedmiotu zamówienia zgodnie z określonymi wymaganiami. Dlatego w dniu 17.09.2019 r. wezwał odwołującego do wyjaśnienia elementów oferty mających wpływ na wysokość ceny w zakresie Sektora nr II, Sektora nr IV i Sektora nr V. W treści wezwania zamawiający w sposób precyzyjny wskazał, które elementy są najbardziej cenotwórcze i w tym zakresie wezwał odwołującego do szczegółowych wyjaśnień wraz z wyliczeniami i kalkulacjami cenowymi, obejmujących każdy z wymienionych przez Zamawiającego elementów realizacji zamówienia. Odwołujący złożył w dniu 26.09.2019 r. wyjaśnienia dotyczące rażąco niskiej ceny wraz z dowodami.

Zamawiający oceniając przedłożone wyjaśnienia uznał, iż złożona przez Odwołującego oferta zawiera rażąco niską cenę w stosunku do przedmiotu zamówienia w zakresie Sektarów jw. i działając na podstawie art. 89 ust. 1 pkt. 4 w związku z art. 90 ust. 3

Pzp, w dniu 05.11.2019 r. odrzucił ofertę Odwołującego z przedmiotowego postępowania w zakresie wskazanych wyżej sektorów.

Podkreślił, że odwołujący w treści odwołania błędnie podaje, iż „Zamawiający przyjął ryczałtowy charakter wynagrodzenia”. Zamawiający bowiem, zarówno w treści umowy (§11 ust. 1 wzoru umowy), jak i w treści pkt. XII. 1.4) specyfikacji istotnych warunków zamówienia wyraźnie wskazał, iż cenę należy obliczyć w sposób uwzględniający m.in.: *formę wynagrodzenia kosztorysowego, ustalonego na podstawie ryczałtowych cen jednostkowych zawartych w ofercie Wykonawcy oraz ilości ton (Mg) odpadów komunalnych odebranych i dostarczonych w trakcie obowiązywania umowy do RIPOK*. Jedynie w przypadku ceny jednostkowej za 1 Mg odebranych odpadów Zamawiający wymagał, aby była ona jednolita dla wszystkich frakcji (§11 ust. 2 wzoru umowy). Tym samym wyliczenie ceny oferty, wyjaśnienia rażąco niskiej ceny i odwołanie oparte są na błędnym przekonaniu, że realizacja umowy będzie rozliczana na zasadzie wynagrodzenia ryczałtowego. Zamawiający rozstrzygając, czy ma do czynienia z rażąco niską ceną miał na uwadze w szczególności rzeczywistą relację wartości poszczególnych świadczeń. Odwołujący bowiem, kalkulując cenę oferty pominął szereg elementów cenotwórczych, a niektóre zostały przez niego znacznie zaniżone. Podkreślił również, iż zgodnie z art. 90 ust. 2 Pzp obowiązek wykazania, że oferta nie zawiera rażąco niskiej ceny spoczywa na wykonawcy wezwanym do jej wyjaśnienia. Również art. 190 ust. 1a pkt 1 Pzp wskazuje, iż ciężar dowodu, że oferta nie zawiera rażąco niskiej ceny, spoczywa na wykonawcy, który ją złożył, jeżeli jest stroną albo uczestnikiem postępowania odwoławczego. Zaznaczył, że Odwołujący w treści odwołania często wskazuje na inne niż w wyjaśnieniach rażąco niskiej ceny: okoliczności, dowody, wielkości i fakty.

Odnosząc się do podstawy uznania ceny ofertowej odwołującego za rażąco niską podał, że podstawową kwestią mającą wpływ na taką ocenę oferty miała kwestia dotycząca kosztów paliwa dla przejechania niezbędnej do wykonania zamówienia ilości kilometrów przez pojazdy dedykowane do wykonania zamówienia. Na wstępie odpowiedzi na odwołanie podał, że Zamawiający podtrzymuje argumenty przedstawione w odrzuceniu zmierzające do tego, że nie jest możliwe należyte zrealizowanie usługi odbioru odpadów zgodnie z opisem przedmiotu zamówienia w sektorach: II, IV i V za cenę wskazaną w ofercie Odwołującego z uwagi na fakt przyjęcia do wyliczenia ceny znacznie odbiegającej od rzeczywistej ilości kilometrów do przejechania we wskazanych sektorach. Podkreślił, że odwołujący w załączniku nr 2 do wyjaśnień rażąco niskiej ceny przedstawił dowody rejestracyjne pojazdów, z których wynika, że tylko jeden pojazd ma ładowność 14 ton. Pozostałe pojazdy mają ładowność poniżej 14 ton, w tym do odbioru odpadów wielkogabarytowych odwołujący przewidywał pojazd o ładowności do 3.5 tony. W rzeczywistości odwołujący nie będzie w stanie fizycznie realizować usługi odbioru odpadów komunalnych jednym pojazdem o

największej ładowności w zakresie 5 różnych frakcji odpadów komunalnych w trzech sektorach jednego dnia. Tym samym użycie pojazdów o mniejszej ładowności wymaga zwiększenia ilości kursów i wydłużenia czasu pracy kierowców. Nadmieniał, że zgodnie z uchwałą Rady Miasta Bydgoszczy w sprawie uchwalenia regulaminu utrzymania czystości i porządku na terenie Miasta Bydgoszczy odbiór odpadów wielkogabarytowych z zabudowy jednorodzinnej będzie realizowany raz na kwartał, a z zabudowy wielorodzinnej dwa razy w miesiącu. Zatem odbiór tych odpadów pojazdem do 3,5 tony będzie wymagał większej ilości kursów i wydłużenia czasu pracy kierowców. Dla porównania wskazał, iż standardowo odpady wielkogabarytowe odbierane są pojazdami np. trzyosiowymi o ładowności ok. 12t. Przede wszystkim należy zwrócić uwagę na błędne założenia odwołującego, że charakterystyka jego taboru, w szczególności ładowności pojazdów i dysponowanie pojazdami dwukomorowymi pozwala na zmniejszenie liczby kursów potrzebnych do odebrania poszczególnych frakcji odpadów, jest wobec wyżej opisanych okoliczności sporym nadużyciem. Nadto podkreślił, że odwołujący przedstawia nowe argumenty w stosunku do wcześniej złożonych w wyjaśnieniach rażąco niskiej ceny. W tychże wyjaśnieniach odwołujący nie uzasadniał przewidywanych ilości kilometrów zastosowaniem pojazdów dwukomorowych.

Podniósł także, iż na ilość kilometrów niezbędnych do przejechania w celu należytej realizacji umowy i tym samym na zużycie paliwa i czas pracy kierowców wpływa niewątpliwie również konieczność mycia pojazdów poza bazą odwołującego, czego odwołujący w obliczeniu ceny nie uwzględnił. Odnosząc się do tej kwestii podał, że podtrzymuje argumenty przedstawione w odrzuceniu i zwraca uwagę, że odwołujący powołuje się na okoliczności, których nie przedstawił i nie udowodnił na etapie składania wyjaśnień rażąco niskiej ceny. Przede wszystkim zarzucił, iż wskazana przez odwołującego baza nie spełnia wymagań warunkujących możliwość mycia pojazdów na jej terenie, a koszty dostosowania bazy do stanu jakiego wymagają przepisy i pozwolenie nie zostały uwzględnione w obliczeniu ceny oferty. W związku z tym odwołujący powinien uwzględnić w obliczeniu ceny oferty koszty mycia pojazdów. Składają się na nie ceny oferowane przez podmioty wykonujące usługi mycia śmieciarek oraz koszty przejazdu w miejsce świadczenia tych usług. Zarzut odwołującego, iż zamawiający bazuje na cenach dotyczących mycia pojedynczych pojazdów, tj. 1 śmieciarki i nie wziął pod uwagę stawki za mycie pojazdów w przypadku stałej (cyklicznej) współpracy - jest chybiony. Zamawiający nie mógł postąpić inaczej, skoro Odwołujący jako dowody do złożonych wyjaśnień niskiej ceny przedstawił jedynie cenniki dotyczące mycia ciężarówek (a nie pojazdów specjalistycznych, tj. śmieciarek), gdzie cena dotyczyła mycia 1 sztuki i nie wykazał w żaden sposób, że posiada upusty, rabaty czy specjalne oferty w związku ze skalą zamówienia.

Również podnoszenie kwestii, iż zamawiający powołuje się na cenniki podmiotu prowadzącego działalność gospodarczą pod Wrocławiem należy uznać za niewłaściwe, bowiem sam odwołujący, jako dowody przedstawił cenniki firm prowadzących działalność w miejscowościach Kozłowo (woj. kujawsko-pomorskie) i Minko (woj. mazowieckie). Czas dojazdu z Bydgoszczy do punktów mycia wynosi średnio od około 60 do 180 minut dla jednego pojazdu (zał. nr 3). Mycie pojazdu następuje bezpośrednio po zakończeniu realizacji usługi odbioru odpadów, co wydłuża czas pracy kierowców i zużycie paliwa. Odwołujący w wyjaśnieniach rażąco niskiej ceny nie uwzględnił długości trasy do myjni w kalkulacji kosztów paliwa (miesięczna/dzienna pula kilometrów).

Odwołujący w wyjaśnieniach rażąco niskiej ceny zapewniał, iż przyjął ilość pojemników wynikającą z OPZ powiększoną o 10% rezerwy. Natomiast w odwołaniu wskazał, że ilość pojemników będzie inna, ponieważ nie będzie mył pojemników, które są składowane u niego na bazie jako zapasowe. Nawiązując do zarzutu, że Zamawiający nie może zabronić Odwołującemu samoograniczenia liczby pojemników, o czym Odwołujący pisze na str. 34-35 odwołania należy wskazać, że Zamawiający nie ograniczał ani nie narzucał rezerwy pojemników. Przyjął jedynie to, co odwołujący wskazał w wyjaśnieniach rażąco niskiej ceny.

W związku z powyższym zamawiający uznał, iż ani treść złożonych wyjaśnień, ani żaden z przedstawionych dowodów, załączonych do wyjaśnienia niskiej ceny nie potwierdzają, iż koszty mycia pojazdów zostały właściwie wyliczone, odbiegają bowiem one od faktycznego kosztu wskazanego przez Zamawiającego w treści odrzucenia, w zakresie poszczególnych Sektorów.

Podkreślił, że zarzut odwołującego, iż zamawiający bazuje na cenach dotyczących mycia pojedynczych pojazdów, tj. 1 śmieciarki i nie wziął pod uwagę stawki za mycie pojazdów w przypadku stałej (cyklicznej) współpracy - jest chybiony. Zamawiający nie mógł postąpić inaczej, skoro odwołujący jako dowody do złożonych wyjaśnień niskiej ceny przedstawił jedynie cenniki dotyczące mycia ciężarówek (a nie pojazdów specjalistycznych, tj. śmieciarek), gdzie cena dotyczyła mycia 1 sztuki i nie wykazał w żaden sposób, że posiada upusty, rabaty czy specjalne oferty w związku ze skalą zamówienia. Czas dojazdu z Bydgoszczy do punktów mycia wynosi średnio od około 60 do 180 minut dla jednego pojazdu. Mycie pojazdu następuje bezpośrednio po zakończeniu realizacji usługi odbioru odpadów, co wydłuża czas pracy kierowców i zużycie paliwa. Odwołujący w wyjaśnieniach rażąco niskiej ceny nie uwzględnił długości trasy do myjni w kalkulacji kosztów paliwa (miesięczna/dzienna pula kilometrów). Odwołujący w wyjaśnieniach rażąco niskiej ceny zapewniał, iż przyjął ilość pojemników wynikającą z OPZ powiększoną o 10% rezerwy. Natomiast w odwołaniu wskazał, że ilość pojemników będzie inna, ponieważ nie będzie mył pojemników, które są składowane u niego na bazie jako zapasowe. Nawiązując do zarzutu,

że Zamawiający nie może zabronić Odwołującemu samoograniczenia liczby pojemników, o czym Odwołujący pisze na str. 34-35 odwołania należy wskazać, że Zamawiający nie ograniczał ani nie narzucał rezerwy pojemników. Przyjął jedynie to, co Odwołujący wskazał w wyjaśnieniach rażąco niskiej ceny.

W związku z powyższym stwierdził, iż ani treść złożonych wyjaśnień, ani żaden z przedstawionych dowodów, załączonych do wyjaśnienia niskiej ceny nie potwierdzają, iż koszty mycia pojazdów zostały właściwie wyliczone, odbiegają bowiem one od faktycznego kosztu wskazanego przez Zamawiającego w treści odrzucenia, w zakresie poszczególnych Sektorów.

Odnosząc się do kolejnego zarzutu dotyczącego kosztów systemu RFID, zamawiający podał, że chybione jest twierdzenie odwołującego, zamieszczone w treści odwołania, iż w „wyjaśnieniach rażąco niskiej ceny skalkulował wyposażenie pojazdów w system RFID i rejestracji zdjęć oraz licencji” na poziomie określonym w tabeli nr 24. Odwołujący ewidentnie elementy te pominął i dopiero w tabeli załączonej do odwołania przedstawił, iż w cenie uwzględniony został również koszt systemu rejestracji zdjęć i koszt kamer. Natomiast Załączniki nr 20, 21 i 22 do wyjaśnień rażąco niskiej ceny potwierdzają wyłącznie koszty wyposażenia pojazdów w system RFID oraz koszty systemu ważenia, z pominięciem montażu kamer i wdrożenia systemu rejestracji zdjęć. Niewątpliwie sam koszt serwisu kamer nie jest jednoznaczny z kosztem ich zakupu, montażu i usługi wprowadzenia systemu rejestracji zdjęć przez Odwołującego (w tym hosting, archiwizacja zdjęć itp.).

Podał, że w treści odrzucenia Zamawiający wyraźnie wskazał, iż w kalkulacji ceny „nie wykazano kosztu zakupu licencji do systemu RFID dla pracowników Wykonawcy”. Odwołujący natomiast w treści odwołania podnosi, iż koszty zakupu licencji dla zamawiającego ujęte zostały w punkcie 3.1.5. kalkulacji. W związku z jw. stwierdzić należy, iż żaden z przedstawionych dowodów oraz argumenty wskazane w odwołaniu, nie potwierdzają, iż Odwołujący uwzględnił w cenie koszty związane z wdrożeniem „systemu rejestracji zdjęć”, obejmujące zakup i montaż kamer, koszty związane z bieżącą transmisją danych, koszty związane z zakupem i utrzymaniem serwerów lub wykupem hostingu umożliwiającego rejestrację zdjęć, a także koszty licencji dla pracowników Wykonawcy.

W zakresie nieprawidłowości w wycenie kosztów worków bigbag podał iż podtrzymuje argumenty przedstawione w odrzuceniu. W dalszym ciągu Odwołujący powieli swoje błędne obliczenia w zakresie faktycznej ilości worków bigbag, jakie przewidział do realizacji i na tych błędnych założeniach opiera swoje stanowisko. Nadto, pewność, że worki będą używane przez 5 lat, bowiem nie są jednorazowe pozwala podejrzewać brak wiedzy i doświadczenia odwołującego w tym zakresie. Podmioty świadczące tego rodzaju usługi albo niszczą big bag, aby wykonać mniej kursów, ponieważ niespakowanych odpadów zmieści się nieporównywalnie więcej na ciężarówce, niż w sytuacji gdy zostają one w big bagu, albo

nadkładają kilometry wożąc je pojedynczo. Przede wszystkim jednak należy zaznaczyć, że w workach big bag gromadzone są odpady budowlane i remontowe, np. gruz, opakowania po farbach, zaprawach, klejach, a więc odpady, które powodują takie zabrudzenia i zniszczenia worka, iż jego wielorazowość jest pozorna. Odwołujący nie wskazał w wyjaśnieniach rażąco niskiej ceny jak i w odwołaniu sposobu i kosztów utrzymania należytego stanu sanitarnego worków.

Podkreślił, że Odwołujący w wyjaśnieniach rażąco niskiej ceny nie wskazał, że worki, które będzie udostępniał mieszkańcom są workami o zwiększonej trwałości. Odwołujący nie załączył żadnych dowodów dotyczących jakości, ceny bądź poczynionych zakupów worków big bag. Zamiar wielokrotnego używania worków jest wątpliwy również z powodu konieczności (rozdz. VI pkt. 11 OPZ) oznaczenia ich poprzez opis zawierający datę pobrania worka, adres nieruchomości oraz numer pobrania nadany automatycznie przez system informatyczny Zamawiającego. Niestosowanie się do tych zapisów będzie traktowane jako nienależyte wykonywanie umowy. Założenie Odwołującego, że worki będą wielokrotnie wydawane powoduje konieczność usuwania oznaczeń dotyczących wcześniejszych pobrań. Odwołujący nie wskazał w jaki sposób będzie to realizował i czy poniesie z tego tytułu dodatkowe koszty.

Odnosząc się do ostatniego z postawionych zarzutów a dotyczącego niewłaściwej wyceny kosztów rozstawienia i zebrania pojemników zamawiający podtrzymał argumenty przedstawione w informacji o odrzuceniu oferty odwołującego, a w szczególności co do kwestii niewykazania realnego kosztu dla pojemników o pojemności 660 litrów i przyjęcia dla tych pojemników wskazanego kosztu dla małych pojemników. Zauważył, że argumentacja odwołującego co do niemalże każdego wskazanego niedoszacowania kosztów wykonania zamówienia opiera się na twierdzeniu, że wszelkie drobne niedoszacowania zostaną pokryte z przyjętych rezerw kosztowych lub z zaplanowanego zysku. Są to jedynie oświadczenia, deklaracje złożone przez Odwołującego. Co więcej, w ocenie Zamawiającego opartej na kalkulacji dokonanej po weryfikacji wyjaśnień rażąco niskiej ceny, Odwołujący realizując usługi za cenę wskazaną w ofercie wykaże wręcz stratę, a nie zysk.

Przystępujący w złożonym piśmie procesowym wniósł o oddalenie odwołania i podał, że według odwołującego, oferta tej spółki została bezpodstawnie odrzucona z powodu przyjęcia, że zaoferowana przez Odwołującego cena jest rażąco niska (art. 89 ust. 1 pkt 4 oraz art. 90 ust. 1-3 Pzp. W świetle odwołania zaś, odwołujący wskazuje, że prawidłowo zidentyfikował i ustalił koszty wykonania zamówienia, a w efekcie zaoferowane wynagrodzenie jest realne i pozwala mu na osiągnięcie zysku. Z powyższym nie sposób się zgodzić. W ocenie tak zamawiającego, jak też przystępującego, odwołanie nie zasługuje na uwzględnienie, bowiem zamawiający, biorąc pod uwagę regulacje art. 89 ust. 1 pkt 4 w zw. z art. 90 ust. 1-3 PZP, prawidłowo uznał, że zaoferowana przez Komunalnik cena ofertowa jest

rażąco niska i odrzucił ofertę tej spółki. Według REMONDIS - cena ofertowa Komunalnik w zakresie dotyczącym realizacji zamówienia w Sektorach II, IV i V jest rażąco niska, do tego stopnia, że nie tylko nie pozwala na osiągnięcie zysku, ale nawet na pokrycie wszystkich kosztów należytego wykonania tych usług.

Przystępujący wskazał, że odpowiadając na odwołanie dysponował bardzo ograniczoną możliwością argumentowania, a to z uwagi na utajnienie wszelkich szczegółowych danych dotyczących tak wyjaśnień Komunalnik w zakresie rażąco niskiej ceny, powodów odrzucenia oferty, o których Zamawiający poinformował Komunalnika, jak też podstaw odwołania. Dokumenty te nie zostały udostępnione przystępującemu, albo zostały udostępnione w bardzo ograniczonym stopniu. Podał, że Komunalnik nigdy nie świadczył na rzecz Miasta Bydgoszcz usług odbierania, lub odbierania i zagospodarowania odpadów komunalnych co z pewnością potwierdzi zamawiający. Powyższe potwierdza również fakt, że Komunalnik został wpisany do rejestru działalności regulowanej prowadzonego przez Prezydenta Miasta Bydgoszczy na podstawie art. 9b i art. 9 c ustawy o utrzymaniu czystości i porządku w gminach - dopiero w 2019 r. otrzymując nr rejestrowy 1/2019. Możliwość realizacji zamówienia będzie zależała od zorganizowania na nowo całej działalności na tym terenie (wyższe koszty do poniesienia).

Podał, że trudno uznać za prawidłową wycenę oferty odwołującego w sytuacji gdy jej cena jest niższa niż oferta przystępującego w sytuacji, kiedy na podstawie swojego doświadczenia w realizacji usługi odbierania odpadów komunalnych od właścicieli nieruchomości zamieszkałych oraz niezamieszkałych na terenie Miasta Bydgoszczy, w Sektorach II, IV i V - w okresie 12 miesięcy, tj. od 1 lipca 2018 r. do 30 czerwca 2019 r., REMONDIS opracował i załączył do niniejszego pisma, 3 kalkulacje minimalnych kosztów wykonania Zamówienia, poniżej których jego wykonanie przez Komunalnik w ogóle nie jest możliwe. Z kalkulacji wynika, że oferta odwołującego zawiera rażąco niską cenę, skoro należyte wykonanie zamówienia za tą cenę nie jest obiektywnie możliwe. Przystępujący w swojej ofercie nie uwzględnił wszystkich składników kosztów lub zaniżył wartości poszczególnych jej elementów (np. koszty zakupu paliw, ilość kilometrów, koszty wynagrodzenia wraz z narzutami pracowników, itp.) - z racji utajnienia tej kalkulacji przystępujący nie ma możliwości stwierdzenia, który z tych przypadków zachodzi.. Pomędzy kalkulacją REMONDIS a ceną ofertową Komunalnik występuje różnica: w Sektorze II - **34%** (6 409 895,20 zł), w Sektorze IV - **36%** (8 365 645,69 zł) i w Sektorze V - **22%** (5 563 941,31 zł).

Wskazał, że według REMONDIS, cena ofertowa Komunalnika jest w stanie pokryć, w 4-letnim okresie świadczenia usługi, zaledwie koszty bezpośrednie wykonania usługi (wiersz 11 załączonych kalkulacji, tabela nr 1), tj. koszty amortyzacji pojazdów i pojemników, paliwa, napraw, inne koszty pojazdów (podatki, ubezpieczenia), mycie pojazdów, koszty

rozstawiania i zbierania pojemników, przygotowanie i dystrybucję harmonogramów, koszty systemu informatycznego RFID i rejestracji zdjęć, koszty zakupu worków bigbag. Cena ta nie jest w stanie pokryć kosztów ogólnych prowadzenia przedsiębiorstwa, takich jak utrzymanie bazy, warsztatu, koszty zarządu (podatki od nieruchomości, koszty wynajmu, ubezpieczeń OC, mediów, opłat za korzystanie ze środowiska, opłat pocztowych, opłat za wewnętrzny system informatyczny i usługi telekomunikacyjne, szkolenia i badania lekarskie pracowników, delegacje, koszty zakupu materiałów biurowych, koszty zakupu i prania odzieży roboczej, koszty zakupu odzieży ochronnej, koszty posiłków regeneracyjnych i wody pitnej), prowadzenia biura, wynagrodzeń pracowniczych (w tym również pracowników umysłowych), które łącznie stanowią ok. 20% ceny oraz kwoty marży (ok. 5%). Przy czym pamiętać należy, że każdy wykonawca musi dysponować biurem obsługi klienta zlokalizowanym na terenie Miasta. Zatrudnienie pracowników umysłowych i utrzymanie biura, w tym biura obsługi klientów, jest niezbędne ze względu na specyfikę działalności, z związku z którą ciąży na wykonawcy wiele obowiązków dokumentacyjnych, w tym ciągła (codzienna) aktualizacja bazy danych przekazywanych przez Zamawiającego, dostosowywanie jej do aktualizowanych deklaracji mieszkańców, sprawozdawczość w zakresie gospodarki odpadami, prowadzenie systemu BDO. Podkreślił także, że niedopuszczalne jest finansowanie wykonania zamówienia z zysku - jak to przewiduje Odwołujący. Jak wskazuje w odwołaniu, każde ewentualne niedoszacowanie kosztu wykonania zamówienia będzie w stanie pokryć z zysku. W orzecznictwie KIO jednolicie podnosi się, że każda cena ofertowa dotycząca wykonania zamówienia publicznego musi uwzględniać jakikolwiek zysk wykonawcy. Jeżeli kalkulacja kosztów nie przewiduje zysku, to cena oferty jest rażąco niska. Zgodnie m.in. z wyrokiem KIO z 23 października 2018 r. (sygn. KIO 2084/18, LEX nr 2620594): „Cena oferty, bez względu na specyfikę przedmiotowego zamówienia, powinna być realistyczna i ustalona na takim poziomie, że gwarantuje możliwość osiągnięcia przez wykonawcę zysku, a nie służy jedynie do pozyskania jak najwyższej liczby punktów w kryterium cenowym” (tak też: wyr. z 31 lipca 2018 r., sygn. KIO 1392/18, LEX nr 2572977; wyr. KIO z 10 kwietnia 2019 r., sygn. KIO 533/19, LEX nr 2683794; wyr. KIO z 10 kwietnia 2018 r., sygn. KIO 570/18, LEX nr 2515221); przy czym w powołanym przez Odwołującego wyroku o sygn. KIO 864/18 nie ma mowy o możliwości finansowania kosztów wykonania zamówienia z zysku.

W pozostałym zakresie dotyczącym braku doszacowania kosztów realizacji określonych zadań mających istotny wpływ na wykonanie zamówienia, stanowisko przystępującego jest zbieżne ze stanowiskiem zamawiającego.

Krajowa Izba Odwoławcza rozpoznając złożone odwołanie na rozprawie i uwzględniając dokumentację z tego postępowania o udzielenie zamówienia

publicznego oraz stanowiska stron postępowania i przystępującego zaprezentowane na piśmie i ustnie do protokołu rozprawy, ustaliła i zważyła co następuje.

Odwołane jest zasadne i dlatego podlega uwzględnieniu.

W pierwszej kolejności Izba stwierdziła, że nie została wypełniona żadna z przesłanek ustawowych skutkujących odrzuceniem odwołania wynikających z art. 189 ust. 2 ustawy Pzp.

Izba stwierdziła nadto, że odwołujący posiada interes we wniesieniu środków ochrony prawnej, gdyż uwzględnienie zarzutów odwołania otwiera szansę na jego pozyskanie.

Na wstępie Izba uznaje za zasadne odniesienie się do kwestii dotyczącej objęcia tajemnicą przedsiębiorstwa treści wyjaśnień odwołującego w zakresie prawidłowości zaoferowanej ceny za realizację przedmiotu zamówienia dla sektorów II, IV i V pomimo tego, że w tej kwestii ani zamawiający, jak przystępujący nie podnieśli zastrzeżeń.

Odwołujący składając wyjaśnienia w zakresie rażąco niskiej ceny złożył wraz z wyjaśnieniami – Wniosek o objęcie tajemnicą przedsiębiorstwa złożonych wyjaśnień wraz z załącznikami. Nadto złożył dokument pn. Polityka ochrony tajemnicy przedsiębiorstwa wraz z zobowiązaniem kilku osób do obowiązku zachowania tajemnicy przedsiębiorstwa.

Wskazać należy, że zgodnie z art. 8 ust. 3 ustawy Pzp, nie ujawnia się informacji stanowiących tajemnicę przedsiębiorstwa w rozumieniu przepisów o zwalczaniu nieuczciwej konkurencji, jeżeli wykonawca, nie później niż w terminie składania ofert lub wniosków o dopuszczenie do udziału w postępowaniu, zastrzegł, że nie mogą być one udostępniane oraz wykazał, iż zastrzeżone informacje stanowią tajemnicę przedsiębiorstwa. Z powyższego przepisu wynika (wnioskowanie a contrario), że nie korzystają z ochrony (ujawnia się) zastrzeżone przez wykonawcę informacje, o ile wykonawca nie wykazał, zastrzegając je, że stanowią tajemnicę przedsiębiorstwa w rozumieniu przepisów o zwalczaniu nieuczciwej. Za wyrokiem SO w Wrocławiu z 6 lutego 2018 roku Sygn. akt XI Ga 692/17 podkreślić należy, że jedną z głównych cech postępowania o udzielenie zamówienia publicznego jest jego jawność (art. 8 ust. 1 ustawy). Zasada ta ograniczona może być jedynie w przypadkach określonych w ustawie. Ograniczenie przez ustawodawcę możliwości ujawniania informacji jedynie do tych, które kwalifikują się do objęcia tajemnicą przedsiębiorstwa, z jednej strony daje możliwość wykonawcom ochrony informacji wrażliwych, z drugiej zaś nakłada na zamawiającego obowiązek weryfikacji zastrzeżonych informacji pod kątem ich prawidłowej kwalifikacji do kategorii „tajemnica przedsiębiorstwa”. Konsekwencją braku właściwego wykazania iż dane informacje stanowią tajemnicę przedsiębiorstwa wykonawcy obliguje zamawiającego, do ich ujawnienia. Badanie skuteczności zastrzeżenia dotyczącego zakazu udostępniania informacji potwierdzających spełnienie wymagań wynikających ze specyfikacji istotnych warunków zamówienia należy do obowiązków zamawiającego (tak

uchwała Sądu Najwyższego z 21 października 2005 r., III CZP 74/05), a nie jest jedynie jego uprawnieniem. W przypadku stwierdzenia, że nie było dopuszczalne zastrzeżenie tajemnicy określonych informacji, zamawiający powinien ujawnić zastrzeżone informacje.

Odnosząc się do powyższych ustaleń Izba uznała, że zamawiający nie wywiązał się z tego obowiązku. Już na wstępie wskazać należy, że odwołujący złożył wniosek do zamawiającego o objęcie wyjaśnień tajemnicą przedsiębiorstwa, a więc dokonał czynności nieznaną ustawie, gdyż to wykonawca składa zamawiającemu oświadczenie o objęciu określonych dokumentów tajemnicą przedsiębiorstwa, a zamawiający celem przestrzegania zasady jawności i przejrzystości postępowania dokonuje oceny tego zastrzeżenia pod kątem spełniania wszystkich wymagań z art. 11 ust.2 uznk. Zamawiający nie może przy tym polegać wyłącznie na oświadczeniu przedsiębiorcy, ale powinien samodzielnie dokonać oceny zasadności dokonanego przez wykonawcę zastrzeżenia tajemnicy przedsiębiorstwa. W tym miejscu trudno pominąć fakt, iż w wyjaśnieniach rażąco niskiej ceny dla każdego z sektorów, po kilkanaście stron stanowią informacje o firmie odwołującego, które w sposób oczywisty nie mogą stanowić tajemnicy przedsiębiorstwa, a zamawiający za takowe je uznał.

W przedmiotowej sytuacji trudno uznać iż ww. wniosek spełnia wymagania „wykazania” istnienia tajemnicy przedsiębiorstwa, gdyż zawiera on ogólnikowe wskazanie obowiązujących zasad przy ustalaniu, kiedy dana informacja winna podlegać ochronie, bez jakiegokolwiek doszczegółowienia i wykazania podstaw ochrony danych informacji. Nadto wykonawca powinien wyraźnie zastrzec (oznaczyć), które informacje zawarte w ofercie lub innym dokumencie są objęte tajemnicą przedsiębiorstwa. Brak jednoznacznego uwidocznienia zastrzeżenia określonych informacji jako tajemnicy przedsiębiorstwa winno zostać uznane za brak podjęcia niezbędnych działań w celu zachowania ich poufności, a nawet jako ujawnienie ich do wiadomości publicznej (wyrok KIO z dnia 2 marca 2015 r., sygn. akt: KIO 279/15). Powyższe stanowisko KIO koresponduje zarówno z załączonym dokumentem pn. Polityka ochrony tajemnicy przedsiębiorstwa, jak i z brakiem jakiegokolwiek oznaczenia składanych dokumentów. Otóż zgodnie z postanowieniem Rozdziału IV ww. Polityki ochrony tajemnicy u odwołującego pkt 7-9, cyt. *„Na wersji drukowanej Dokumentu nanosi się klauzulę poufności poprzez odciski, w lewym górnym rogu, na każdej stronie i w sposób nie budzący wątpliwości dla ewentualnego odbiorcy, pieczęci o treści „TAJEMNICA PRZEDSIĘBIORSTWA”. (...) Na pierwszej stronie Dokumentu umieszcza się informację o treści: „Niniejszy dokument zawiera, informacje stanowiące prawnie chronioną tajemnicę przedsiębiorstwa PHU Komunalnik Sp. z o.o. W związku z tym zobowiązuje się dysponenta dokumentu lub jego adresata do ochrony informacji w nim zawartych przed dostępem osób trzecich. Zabrania się ich powielania, kopiowania, skanowania, publikowania, wykonywania wyciągów lub odpisów bez uprzedniej, pisemnej zgody PHU Komunalnik Sp. z o. o.”.* Izba stwierdza, że żaden ze złożonych dokumentów - czy to wraz z ofertą, czy

wyjaśnieniami rażąco niskiej ceny, czy złożony na rozprawie nie zawiera ani takiej pieczęci – informacji, ani odwołujący składając dokumenty na rozprawie nie podał do protokołu, iż składane dokumenty stanowią tajemnicę jego przedsiębiorstwa.

Biorąc pod uwagę powyższe Izba uznała, że tak prowadzone postępowanie zawiera wadę, gdyż w rzeczywistości brak oceny zasadności objęcia tajemnicą przedsiębiorstwa dokumentów składanych przez odwołującego narusza, jak wskazano powyżej, zasadę jawności i przejrzystości postępowania. Powyższe ustalenia Izby mają również istotne znaczenie dla sporządzenia uzasadnienia, gdyż Izba stwierdzając oczywistą niezasadność objęcia ww. dokumentów tajemnicą przedsiębiorstwa (bez orzekania w tym zakresie) uznaje za dopuszczalne przedstawianie w uzasadnieniu w niezbędnym zakresie, informacji zawartych w szczególności w dokumentach składanych jako dowody, na rozprawie.

Przed merytoryczną oceną podniesionych w odwołaniu zarzutów i żądań odniesienia Izby wymaga także kwestia sporu pomiędzy stronami, czy zamawiający ustalił ryczałtową, czy też kosztorysową formę wynagrodzenia wykonawcy. Odwołujący w odwołaniu stwierdza, że w postępowaniu mamy do czynienia z wynagrodzeniem ryczałtowym, a zamawiający oponując przeciwko takiemu stanowisku wskazuje na postanowienia § 11 ust.1 i 3 projektu umowy ustalił kosztorysową formę wynagrodzenia wykonawcy. Izba uznaje, iż to nie kwestia nazwania w umowie formy wynagrodzenia ma istotne znaczenie, ale podstawowe znaczenie ma przyjęty sposób rozliczania wykonawcy z wykonanych zadań celem dokonania zapłaty za usługę. Zgodnie z ww. postanowieniami wzoru umowy Zamawiający postanowił w umowie w tym zakresie:

§11pkt 1. Strony ustalają, że wynagrodzenie kosztorysowe należne Wykonawcy z tytułu wykonywania wszystkich obowiązków objętych przedmiotem Umowy obliczane będzie jako iloczyn podanej przez Wykonawcę w Ofercie ceny jednostkowej brutto za 1 tonę (Mg) i ilości ton (Mg) odpadów komunalnych odebranych i dostarczonych w trakcie obowiązywania Umowy do RIPOK.

2. Cena jednostkowa brutto musi być jednolita dla wszystkich frakcji odpadów.

3. Wynagrodzenie, o którym mowa w §11 ust. 1, związane z odbieraniem odpadów komunalnych z nieruchomości zamieszkałych i niezamieszkałych na terenie Miasta Bydgoszczy w okresie, o którym mowa w §11 umowy nie przekroczy kwoty bruttozł słownie:”

Wskazać należy, że ryczałt polega na umówieniu z góry wysokości wynagrodzenia w kwocie absolutnej, przy wyraźnej lub dorozumianej zgodzie stron na to, że wykonawca nie będzie się domagać zapłaty wynagrodzenia wyższego (por. wyrok SN z 1998-11-20, sygn. I CKN 913/97 LEX nr 138655). Natomiast wynagrodzenie kosztorysowe jest następstwem jego wyliczenia metodą kalkulacji. Wynagrodzenie to charakteryzuje się przewidywaniem

zmienności ilości pracy (a czasami również kosztu) w przyszłości i wprowadza zasadę ostatecznego rozliczenia po zakończeniu prac czy po wytworzeniu dzieła.

Oceniając powyższe uznać należy, że w przedmiotowej sytuacji nie mamy do czynienia z klasyczną formą wynagrodzenia ryczałtowego czy też jego formy kosztorysowej. Fakt oparcia wynagrodzenia na ustalony w ofercie stały koszt/cenę wywozu określonej ilości Mg/g odpadów (§11pkt 2 wzoru umowy) powoduje stałość ceny w tym zakresie, bez potrzeby rozliczania miesięcznych kosztów poniesionych w tym zakresie. Tym samym ustalona forma wynagrodzenia jest bliższa formie wynagrodzenia ryczałtowego i konsekwencji z tym związanych.

Zauważyć należy, że zamawiający w odpowiedzi na odwołanie stwierdził, że zasadnicze znaczenie dla uznania rażąco niskiej ceny oferty odwołującego miała przede wszystkim kwestia, nieprawidłowego wyliczenia ilości potrzebnych do przejechania kilometrów w sektorze dla wykonania zamówienia, co przekłada się wprost na wyliczone koszty paliwa. Nadto zamawiający przy ocenie poszczególnych zarzutów podkreślał, że wyjaśnienia i dowody składane na rozprawie przez odwołującego mają szerszy zakres niż to miało miejsce przy składaniu wyjaśnień rażąco niskiej ceny, a tym samym takie poszerzone wyjaśnienia nie powinny być przedmiotem oceny Izby. W tym zakresie podkreślił, że zgodnie z orzecznictwem zarówno sądów jak i KIO rozprawa nie może stanowić kontynuacji procedury wyjaśniającej w trybie art. 90 ust. 1 ustawy Pzp skoro postępowanie odwoławcze przed Krajową Izbą Odwoławczą stanowi ocenę zakończonej już procedury wyjaśniającej na okoliczność zaoferowania rażąco niskiej ceny.

Oceniając powyższe Izba uznała, że nie zostało wykazane przez Zamawiającego, że informacje przekazywane przez odwołującego na rozprawie są informacjami nowymi dla zamawiającego. Izba w oparciu o analizę treści podstaw odrzucenia oferty oraz poprzedzających je wyjaśnień odwołującego w zakresie rażąco niskiej ceny, uznała stanowisko zamawiającego za nieznajdujące podstaw w zgromadzonym materiale sprawy. Niewątpliwym jest, że prezentowane na rozprawie treści wyjaśnień odwołującego w sposób bardziej szczegółowy odnoszą się do wyliczeń ceny oferty w zakresie podanych podstaw jej odrzucenia, ale ta argumentacja mieści się w treści uprzednio złożonych wyjaśnień co do wyliczenia ceny dla każdego z sektorów.

Zamawiający odrzucił ofertę odwołującego w oparciu o przepis art. 89 ust.1 pkt 4 w związku z art. 90 ust.3 Pzp tj. rażąco niskiej ceny złożonej przez odwołującego ofert na ww. sektory, a złożone wyjaśnienia kalkulacji ceny potwierdziły nieprawidłowość – zaniżenie jej wartości poniżej progu opłacalności jej realizacji. Zamawiający nie zarzucił jednakże odwołującemu nieprawidłowości skalkulowania ceny oferty poprzez nieujęcie kosztów wskazanych w OPZ, a więc niezgodności oferty z treścią SIWZ. Przy ustalaniu podstawy do odrzucenia oferty z powodu rażąco niskiej ceny niezbędne jest dokonanie ustaleń, czy za tak zaoferowaną cenę

ten konkretny wykonawca będzie w stanie zamówienie wykonać, czyli czy poniesione koszty zostaną zrównoważone przychodem od zamawiającego. Izba w tym zakresie nie akceptuje stanowiska przystępującego, który w złożonym piśmie procesowym podał, iż cena oferty odwołującego jest rażąco niska, gdyż wykonawca ten nie będzie w stanie osiągnąć na realizacji tego zamówienia zysku. Kwestia możliwości uzyskania zysku jest irrelevantna dla uznania ceny oferty za rażąco niską. Ważnym jest, aby koszt wykonania zamówienia znalazł pokrycie w wyliczonej cenie jego wykonania.

Co do możliwości uznania ceny oferty za rażąco niską wskazać należy za ugruntowaną linią orzecniczą KIO i sądów, że rażąco niską ceną nie jest zwykle taka cena która w sposób znaczny odbiega poziomem od cen zaoferowanych przez innych wykonawców, wykazanie samej różnicy nie spełnia wymogu możliwości uznania danej ceny za rażąco niską. Za rażąco niską cenę należy uznać taką cenę która jest niewiarygodna dla wykonania przedmiotu zamówienia i jest całkowicie oderwana od realiów rynkowych. Ocena tej okoliczności powinna być dokonana z uwzględnieniem przedmiotu zamówienia, jego specyfiki i towarzyszących mu realiów rynkowych.

Odnosząc się do zarzutu dotyczącego zaniżenia kosztu mycia pojazdów Izba uznała, że w tym zakresie brak jest podstaw do przyjęcia, jako zasadnego wyliczenia zamawiającego. W ofercie i wyjaśnieniach odwołujący wskazał, że mycie pojazdów będzie odbywało się niedaleko miejsca bazy odwołującego. Zamawiający dokonując rozeznania rynku uznał, że najbliższa baza znajduje się na terenie województwa Kujawsko-Pomorskiego, a druga na terenie Województwa Mazowieckiego, gdzie czas dojazdu do nich wynosi od 60 minut (Województwo Kujawsko-Pomorskie) do 180 minut (województwo Mazowieckie). Odwołujący na rozprawie przedstawił ofertę myjni znajdującej się w pobliżu bazy magazynowo-transportowej i cena za mycie pojazdów została ustalona za cały okres realizacji zamówienia na poziomie 172 440 zł w sytuacji, gdy koszt przyjęty i podany w wyjaśnieniach rażąco niskiej ceny w wyjaśnieniach był wyższy i wynosił 174 240 zł.

W zakresie kolejnego zarzutu, w którym zdaniem Izby nie znalazło potwierdzenie rażąco niskiej ceny za ten element zamówienia, była kwestia kosztu systemu RFID. Na rozprawie odwołujący przedstawił ofertę tego samego wykonawcy – jak przy wyjaśnianiu rażąco niskiej ceny, w której oferent dokonał uszczegółowienia oferty poprzez szczegółowy opis jej zakresu, a w szczególności powtórzenia, iż złożona oferta na system RFID jest ofertą kompleksową. Zamawiający oceniając tą pozycję kosztów zarzucił odwołującemu, że nie zawiera ona kosztu montażu kamer i wdrożenia systemu rejestracji zdjęć. Z przedłożonej uszczegółowionej oferty wykonawcy, spełnianie tego wymagania jest według Izby niewątpliwe.

W zakresie kolejnej podstawy uznania ceny ofertowej za rażąco niską była kwestia niedoszacowania kosztów worków big bag. Różnica w wycenie kosztów polegała na tym, że

zamawiający do wyceny przyjął ilość wydanych worków w oparciu o obecnie realizowaną umowę. Podał także, że cena nabycia jednego worka wskazana przez odwołującego jest nieaktualna, gdyż złożona oferta na ich zakup pochodzi z dnia 7 listopada, a jej ważność wynosiła 7 dni od dnia złożenia oferty i związku z tym odwołujący nie powinien postugiwać się tą ofertą. Oceniając powyższe Izba uznała za zasadne stanowisko odwołującego, że worki typu bigbag są workami wielokrotnego użytku i według doświadczenia odwołującego mogą być workami wielokrotnego użycia. Wskazał także, że gdyby nawet przyjąć, iż będzie zmuszony oferować worki jednorazowego użytku to ich cena wynosi ok. 15 a nie 30 zł za sztukę. Biorąc powyższe pod uwagę podkreślił, że kwota, jaka została przeznaczona w ofercie na ich zakup, powodowałaby sytuację, że można by nabyć dużo wyższą ilość tego typu worków, niż wymaga jest przez zamawiającego w okresie czteroletnim. Izba powyższą argumentację uznała za przekonującą i mającą podstawy w realiach rynku.

W zakresie wskazywanego zaniżenia kosztów rozstawienia, mycia i zebrania pojemników zamawiający zarzucił niewłaściwą wycenę tej usługi mającej być świadczoną dla odwołującego, gdyż załączona oferta obejmowała koszt rozstawienia i zebrania pojemników małych i dużych tylko o pojemności 1100 litrów, a nie zawierała ceny za pojemniki o pojemności 660 litrów. Odwołujący przedstawił na rozprawie ofertę tego samego podwykonawcy, jaką podał w wyjaśnieniu rażąco niskiej ceny wraz z wyjaśnieniem, że wykonawca pojemniki o pojemności 660 litrów zalicza do pojemników małych i tym samym cena za mycie i rozstawienie takich pojemników jest tożsama jak dla pojemników o pojemności 60/120/240 litrów. Odnośnie zarzutów odnoszących się do kosztów mycia pojemników to według Izby odwołujący zasadnie wykazał, iż w tym celu będzie służył pojazd, tzw. myjko-śmieciarka, której wynajem jest ujęty w kosztach oferty i w złożonych wyjaśnieniach Podał, że pojazd ten składa się z dwóch komór załadowczej na odpady oraz zbiornika na wodę czystą i brudną, a mycie pojemnika następuje bezpośrednio po jego opróżnieniu. Nadto koszt mycia pojemników o pojemności 660 litrów jest zbliżony do kosztów mycia pojemników małych, a nie do kosztów mycia pojemników dużych o pojemności 1100 litrów i więcej.

Jeśli chodzi o niedoszacowanie ilości pojemników w ilości jednej sztuki z trzech rodzajów czyli o pojemności 60 litrów, 120 litrów i 440 litrów o wartości około 120 zł to Izba podkreśla, że odwołujący wskazał, iż podał ilość pojemników, które przewiduje do zakupu, a nie do mycia, gdyż pojemniki, które będą stały na bazie jako rezerwa nie będą podlegały myciu. Zdaniem Izby kwestia ta ma znaczenie marginalne przy wartości zamówienia na trzy sektory wynoszącej około 65 ml złotych, szczególnie w sytuacji kiedy de facto mamy do czynienia z wynagrodzeniem ryczałtowym.

Jak wskazano powyżej zamawiający jako podstawę niedoszacowania kosztu wykonania zamówienia, a tym samym za podstawę uznania ceny ofertowej, jako rażąco

niskiej, przyjął niedoszacowanie w ofercie ilości przejechanych kilometrów i związanego z tym kosztu paliwa. Według wyliczeń zamawiającego niedoszacowanie tej pozycji kosztów wynosiło w zależności od sektora średnio około 4 ml złotych.

Przy rozpatrywaniu tego zarzutu odwołania w zakresie każdego z sektorów uwagę zwracała bardzo duża dysproporcja pomiędzy wyliczeniami odwołującego, a przyjętą ilością kilometrów przez zamawiającego. Wyliczenia zamawiającego dla potrzeby prac samochodów na rejonie były wyższe od wyliczeń odwołującego - dla sektora II i V ponad 6 krotnie, dla sektora IV 9 krotnie. Dodać należy, że ustalona przez odwołującego i zamawiającego ilości kilometrów jakie muszą być wykonane dla dojazdu z bazy do rejonu, z rejonu do instalacji oraz z instalacji na bazę były tożsame, a więc nie były elementem sporu pomiędzy stronami.

Analizując szczegółowo długość dróg na poszczególnych rejonach, a także ilość samochodów jakie wykonawca dedykował na dany rejon Izba uznała, że wyliczenia zamawiającego są nierealne i wystąpiły z powodu wykonania błędnego przeliczenia ilości kursów, jakie będzie wykonywał dany pojazd - jak wskazał odwołujący będą to w zasadzie średnio po dwa kursy dziennie. Natomiast zamawiający dokonując wyliczeń – co wynika z odpowiedzi na odwołanie przyjmował, iż samochód wykona nawet 4 kursy dziennie, a to powoduje sytuację, że założona dzienna kilometrówka w wysokości 160 km na samochód jest niedoszacowana i przy czterech kursach samochodu np. w sektorze drugim spowoduje to brak na objazd sektora, tylko w zakresie zbierania odpadów zmieszanych o (-) 36 km.

Izba uznała za przekonywujący i zasadny wywód odwołującego, który wskazał, że zamawiający w sposób niezasadny dokonuje ustalenia, że każdy pojazd po wyjeździe z bazy, objeździe rejonu oraz dojeździe do instalacji będzie wracał na bazę, aby ponownie wykonać kurs na rejon. Takie założenie zdaniem odwołującego jest nielogiczne i nieekonomiczne, gdyż pojazd po wykonaniu pracy na rejonie i po zostawieniu odpadów ponownie wraca z instalacji na rejon, a nie wraca do bazy, oszczędzając na tym ok. 100 km, które zamawiający ujął jako niezbędne przy wykonywaniu zamówienia. Zamawiający nadto błędnie utożsamiał kurs z trasówką tj. zamawiający powinien był pomnożyć liczbę dni roboczych w miesiącu razy uśrednioną wartość 160 km trasówki przez liczbę pojazdów, a nie przez liczbę kursów, ponieważ, jak wskazano, każdy pojazd będzie wykonywał co najmniej dwa kursy dziennie, co zamawiający zauważył i wyliczył w informacji w odpowiedzi na odwołanie. Zamawiający zidentyfikował jeden wysyp odpadów na instalacji jako całą trasówkę – która wynosi ona 160 km.

Reasumując powyższe ustalenia i rozważania Izba uznała, że zamawiający odrzucając ofertę odwołującego nie wykazał, że przyjęte do uznania rażąco niskiej ceny oferty odwołującego wyliczenia, są prawidłowe i tym samym mogą stanowić podstawę uznania ceny ofertowej za rażąco niską. Zdaniem Izby wyliczenia zamawiającego zawierają

szereg nieścisłości i błędnych założeń, które w zestawieniu z wyjaśnieniami odwołującego oraz dokumentacją postępowania czynią uznanie za rażąco niską cenę oferty odwołującego niezasadnym.

Zauważyć należy, że nie stanowi novum w zakresie zamówień, iż wykonawca starający się wejść na dany rynek oferuje zwykle cenę niższą niż wykonawcy już na tym rynku obecni w szczególności w zakresie kwoty zysku. Tym samym proste odnoszenie ceny ofertowej odwołującego do cen innych wykonawców działających już na tym rynku, jest błędne. Fakt zaoferowania ceny niskiej nie można w żaden sposób utożsamiać z ceną rażąco niską.

Podkreślić należy, że aby zamawiający mógł odrzucić ofertę wykonawcy winien w sposób bezsprzeczny i niewątpliwy ustalić, iż jest w stanie wykazać zaistnienie podstaw do odrzucenia oferty. Wskazać należy, że to na wykonawcy spoczywa ciężar wykazania, że zaoferowana cena nie jest rażąco niska, a na zamawiającym w przypadku odrzucenia oferty z tego powodu spoczywa ciężar wykazania, iż w sposób pewny ziściły się przesłanki do odrzucenia oferty, a z wyjaśnień wykonawcy wynika potwierdzenie, że cena oferty jest nierealna, nierynkowa i tym samym rażąco niską.

Odnosząc się do wyliczeń zamawiającego według, których uznał ofertę odwołującego za rażąco niską Izba uznała, że żadna ze wskazanych podstaw do uznania ceny odwołującego za rażąco niską nie jest wyliczeniem mogącym odnoszącym się w pełni do stanu faktycznego dot. sposobu i możliwości wykonywania zamówienia. Podkreślić należy, że zamawiający swoje rozważania w tym zakresie oparł na przyjęciu pewnych założeń, które były interpretowane na niekorzyść odwołującego. Jak przykład należy wskazać wyliczenia ilości kilometrów, jakie winny przejechać w sektorach pojazdy dla wykonania zamówienia i tak: przy dwóch przejazdach w sektorze zostawał zapas + 24 km na objazd sektora, a przy 4 objazdach występował już brak 36 km, co zamawiający przyjął do wyliczeń. Powyższy sposób liczenia ilości km został przyjęty przez zamawiającego jako podstawa do wykazania skalkulowania zbyt małej ilości km. przewidzianych w ofercie i tym samym zarezerwowania niewystarczającej kwoty do zakupu paliwa. Takie założenie zostało przyjęte pomimo tego, iż ilość dedykowanych przez odwołującego na sektor pojazdów wskazywała, że jeden pojazd wykona dziennie średnio dwa kursy w sektorze.

Odnosząc się do podstawy odrzucenia z art. 90 ust.3 Pzp Izba uznała złożone przez odwołującego wyjaśnienia kalkulacji ceny, na każdy sektor za wystarczające. Zawierają po kilkadziesiąt stron wyliczeń dających jasny obraz w jaki sposób odwołujący będzie realizował zamówienie, a te ustalenia nie były sprzeczne z SIWZ.

Biorąc pod uwagę powyższe Izba orzekła jak w sentencji wyroku orzekając na podstawie przepisów art. 190 ust.7, 191 ust.2 i 192 ust. 1, 2 i 3 pkt 1 ustawy Pzp,.

O kosztach postępowania orzeczono stosownie do wyniku, na podstawie art. 192 ust. 9 i 10 ustawy Pzp, oraz w oparciu o przepisy § 3 pkt.1a) i 2b) rozporządzenia Prezesa Rady Ministrów z dnia 15 marca 2010 roku w sprawie wysokości i sposobu pobierania wpisu od odwołania oraz rodzajów kosztów w postępowaniu odwoławczym i sposobu ich rozliczania (tj. Dz. U. z 2018 r. poz. 972).

Przewodniczący:

Członkowie

.....