

**WYROK**

**z dnia 6 lutego 2015 r.**

**Krajowa Izba Odwoławcza – w składzie:**

**Przewodniczący: Anna Packo  
Andrzej Niwicki  
Marzena Ordysińska**

**Protokolant: Natalia Dominiak**

po rozpoznaniu na rozprawie w dniu 6 lutego 2015 r., w Warszawie, odwołania wniesionego do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej w dniu 23 stycznia 2015 r. przez wykonawcę

**MPO Sp. z o. o. ul. 42 Pułku Piechoty 48, 15-950 Białystok**

w postępowaniu prowadzonym przez

**Gminę Drohiczyn ul. Kraszewskiego 5, 17-312 Drohiczyn**

przy udziale wykonawcy **Przedsiębiorstwo Usługowo-Asenizacyjne ASTWA Sp. z o.o. ul. Kombatantów 4, 15-102 Białystok** zgłaszającego przystąpienie do postępowania odwoławczego po stronie zamawiającego

**orzeka:**

- 1. uwzględnia odwołanie i nakazuje zamawiającemu unieważnienie czynności wyboru oferty najkorzystniejszej oraz powtórzenie czynności badania i oceny ofert, w tym powtórzenie czynności wezwania MPO Sp. z o. o. do wyjaśnienia wysokości ceny na podstawie art. 90 ustawy Prawo zamówień publicznych,**
- 2. kosztami postępowania obciąża Gminę Drohiczyn i:**
  - 2.1. zalicza w poczet kosztów postępowania odwoławczego kwotę 7 500 zł 00 gr (słownie: siedem tysięcy pięćset złotych zero groszy) uiszczoną przez MPO Sp. z o.o. tytułem wpisu od odwołania,**

**2.2. zasądza od Gminy Drohiczyn na rzecz MPO Sp. z o.o. kwotę 11 100 zł 00 gr (słownie: jedenaście tysięcy sto złotych zero groszy) stanowiącą koszty postępowania odwoławczego poniesione z tytułu wpisu i wynagrodzenia pełnomocnika.**

Stosownie do art. 198a i 198b ustawy z dnia 29 stycznia 2004 r. – Prawo zamówień publicznych (t.j. Dz. U. z 2013, poz. 907) na niniejszy wyrok – w terminie 7 dni od dnia jego doręczenia – przysługuje skarga za pośrednictwem Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej do Sądu Okręgowego w Białymstoku.

**Przewodniczący:** .....

.....

.....

## **U z a s a d n i e n i e**

Zamawiający – Gmina Drohiczyn prowadzi postępowanie o udzielenie zamówienia publicznego na „odbiór i zagospodarowanie odpadów komunalnych z terenu Gminy Drohiczyn” na podstawie ustawy z dnia 29 stycznia 2004 r. Prawo zamówień publicznych (t.j. Dz. U. z 2013 r. poz. 907 z późn. zm.), w trybie przetargu nieograniczonego.

Ogłoszenie o zamówieniu zostało zamieszczone 15 grudnia 2014 r. w Biuletynie Zamówień Publicznych opublikowane pod numerem 409928.

Wartość zamówienia jest mniejsza niż kwoty określone na podstawie art. 11 ust. 8 ustawy Prawo zamówień publicznych.

Odwołujący – MPO Sp. z o. o. z siedzibą w Białymstoku wniósł odwołanie zarzucając zamawiającemu naruszenie ustawy Prawo zamówień publicznych w zakresie:

1. art. 90 ust.1 poprzez brak przesłanek do wezwania odwołującego do złożenia wyjaśnień, w tym złożenia dowodów, dotyczących elementów oferty mających wpływ na wysokość ceny; zamawiający badając cenę oferty odwołującego i odnosząc się do tego przepisu ustawy przyjął nieprawidłowo ustaloną wartość, inną, aniżeli wskazuje przywołany przepis,
2. art. 90 ust. 3 poprzez wadliwą ocenę złożonych wyjaśnień i stwierdzenie, iż oferta zawiera rażąco niską cenę,
3. art. 90 ust. 3 poprzez zaniechanie dalszych wyjaśnień w sytuacji, gdy dokument złożony przez odwołującego w odpowiedzi na wezwanie skierowane w trybie art. 90 ust. 1 budzi uwagi zamawiającego,
4. art. 92 ust. 1 pkt 2 poprzez fakt, iż podając uzasadnienie faktyczne decyzji o odrzuceniu oferty zamawiający nie uznał żadnej z wykazanych przez odwołującego w wyjaśnieniach pozycji kosztów jako nierealnej, rażąco niskiej, a tylko fakt braku wskazania sposobu ich obliczenia,
5. art. 89 ust. 1 pkt 4 poprzez nieuprawnione odrzucenie oferty odwołującego.

Odwołujący wniósł o nakazanie zamawiającemu:

1. unieważnienia czynności wyboru jako najkorzystniejszej oferty złożonej przez Przedsiębiorstwo Usługowo-Asenizacyjne ASTWA Sp. z o.o. z siedzibą w Białymstoku,
2. unieważnienia czynności odrzucenia oferty odwołującego z uwagi na zarzut, iż zawiera cenę rażąco niską,

3. wezwania odwołującego do złożenia dalszych wyjaśnień – uszczegółowień w zakresie żądanym lub oczekiwanym przez zamawiającego – w sytuacji, gdy wyjaśnienia budzą wątpliwości zamawiającego,
4. dokonania oceny dodatkowych wyjaśnień w zakresie i stopniu szczegółowości wskazanym przez zamawiającego;
5. dokonania powtórnej oceny ofert i powtórnego wyboru oferty najkorzystniejszej.

W uzasadnieniu odwołania odwołujący wskazał, że zamawiający wezwał go do udzielenia wyjaśnień, w tym złożenia dowodów, dotyczących elementów oferty mających wpływ na wysokość ceny, w celu ustalenia, czy oferta zawiera rażąco niską cenę w stosunku do przedmiotu zamówienia. Jako stan faktyczny stanowiący podstawę do wezwania zamawiający wskazał, iż cena oferty jest niższa o ok. 35,2% od wartości zamówienia i w związku z tym wydaje się rażąco niska w stosunku do przedmiotu zamówienia oraz budzi wątpliwości zamawiającego co do możliwości wykonania przedmiotu zamówienia zgodnie z wymaganiami specyfikacji istotnych warunków zamówienia.

Odwołujący podkreślił, że wobec powyższego to nie sama wysokość ceny ofertowej stanowiła przesłankę wezwania, lecz wynik zastosowanego algorytmu. Przy tym zamawiający błędnie dokonał obliczeń, gdyż procentową wartość ceny odniósł do wartości zamówienia powiększonej o podatek VAT, podczas gdy pojęcie wartości zamówienia zostało określone w art. 32 ust. 1 ustawy Prawo zamówień publicznych jako całkowite szacunkowe wynagrodzenie wykonawcy, bez podatku od towarów i usług. Tym samym zamawiający naruszył przepis art. 90 ust. 1 ustawy Prawo zamówień publicznych odnosząc porównanie ceny oferty odwołującego do innej wartości, niż wskazuje przywołany przepis. Gdyby zamawiający rzetelnie dokonał takich rachunków, to okazałoby się, iż cena ofertowa odwołującego nie jest niższa o więcej niż 30% od wartości zamówienia.

Z treści art. 90 ust. 1 ustawy Prawo zamówień publicznych wynika, że zamawiający, w celu ustalenia, czy oferta nie zawiera ceny rażąco niskiej, wzywa wykonawców do udzielenia wyjaśnień dotyczących elementów mających wpływ na cenę oferty, jeżeli wydaje się zamawiającemu, że cena oferty jest rażąco niska lub budzi wątpliwości zamawiającego możliwość należytego wykonania zamówienia za zaoferowaną cenę. Dodatkowo ustawodawca wskazał, iż dla potwierdzenia wskazanych zastrzeżeń i wątpliwości zamawiającego można posłużyć się wynikiem dokonanych rachunków, według wskazanego algorytmu.

Zamawiającemu znane są jednostkowe ceny świadczenia tożsamyh usług w innych gminach Polski północnowschodniej i cena odwołującego zapewne nie budziła wątpliwości co do rynkowego charakteru i realności wykonania przedmiotu zamówienia za wskazaną cenę. Ceny oferowane przez inne firmy w przetargach na odbiór i zagospodarowanie

odpadów na terenie województwa podlaskiego w 2014 i 2015 r., w tym zorganizowanych przez sąsiadujące z Drohiczyńskimi gminy, z których odpady oddawane są do tej samej instalacji, są niższe lub na podobnym poziomie w stosunku do ceny zaoferowanej przez odwołującego w przedmiotowym zamówieniu. Przy tym ceny wszystkich ofert złożonych w postępowaniu są niższe od wartości szacunkowej zamówienia, a średnia cena wszystkich złożonych ofert jest niższa o ponad 21% od wartości zamówienia, co wskazuje, iż wartość zamówienia określona przez zamawiającego jest przeszacowana w stosunku do oferty rynkowej, wyrażonej odpowiedzią wykonawców na ogłoszenie o zamówieniu. W takim przypadku zasadne powinno być odniesienie się do średniej arytmetycznej wszystkich złożonych ofert, w stosunku do której cena oferty odwołującego jest niższa od średniej o ok. 11%.

W złożonych wyjaśnieniach odwołujący wskazał na istotne okoliczności, pozwalające mu na skalkulowanie swojej ceny w kwocie podanej w ofercie. Odwołując się do wieloletniego doświadczenia w świadczeniu usług odbioru i zagospodarowania odpadów, w wyjaśnieniach wskazano przede wszystkim na następujące fakty obniżające koszty wykonania przedmiotowego zamówienia: posiadanie własnego, w znacznej mierze zamortyzowanego taboru samochodowego, niezbędnego do świadczenia przedmiotowych usług, wyposażonego w satelitarny system monitorowania pozycji każdego pojazdu; posiadanie własnego warsztatu naprawczego z kompletnym wyposażeniem technicznym, co pozwala na dokonywanie ok. 95% napraw we własnym zakresie; posiadanie własnej stacji paliw, co pozwala na optymalizację kosztów zakupu paliwa poprzez niwelowanie marży stosowanej w powszechnym obrocie; znaczny potencjał techniczny i wieloletnią działalność pozwalającą na uzyskiwanie korzystnych warunków ubezpieczeń; posiadanie bazy magazynowo-transportowej zlokalizowanej najbliżej obszaru świadczenia usług, spośród firm biorących udział w przetargu. Uzupełnienie wyjaśnień stanowiła załączona kalkulacja oferowanej ceny, obejmująca kwoty 100% kosztów uwzględnionych w kalkulacji ceny ofertowej, ujętych we wskazanych poniżej pozycjach rodzajowych (+ podatek VAT): amortyzacja posiadanych pojazdów przeznaczonych do świadczenia przedmiotowej usługi; płace wraz narzutami osób bezpośrednio wykonujących prace przy świadczeniu przedmiotowej usługi; koszty napraw pojazdów; koszty paliwa; pozostałe koszty obejmujące ubezpieczenie, podatki itp.; koszty pojemników, obejmujące koszty dostarczenia pojemników, mycia, amortyzacja; koszty dostawy worków do odpadów segregowanych; koszty zagospodarowania odpadów; koszty wydziałowe; koszty zarządu; marża. Dokonując oceny złożonych zamawiający stwierdził, iż złożone wyjaśnienia „budzą uwagi”, gdyż odwołujący nie podał sposobu obliczenia wskazanych kwot.

Cena ofertowa ma charakter ryczałtowy a zamawiający nie żądał, aby wraz z ofertą wykonawca załączył jakikolwiek dokument wskazujący na sposób obliczenia ceny. Dla

uznania, że cena jest rażąco niska, konieczne jest potwierdzenie, że przy określonym przedmiocie zamówienia nie jest możliwe wykonanie zamówienia za oferowaną cenę bez ryzyka ponoszenia strat przez wykonawcę. Oznacza to, że zamawiający, zgodnie z art. 92 ust. 1 pkt 2 ustawy Prawo zamówień publicznych, podając w informacji o wyniku postępowania uzasadnienie faktyczne decyzji o odrzuceniu oferty odwołującego, powinien wskazać te okoliczności, które ustalił bezspornie, w sposób niebudzący wątpliwości. Zakończenie przez zamawiającego procedury wyjaśnień z pozostawieniem nieusuniętych wątpliwości, wynikających tylko z braku podania przez odwołującego sposobu obliczenia niektórych z wykazanych kosztów i podjęcie w tym stanie decyzji o odrzuceniu oferty odwołującego nie może być uznane za prawidłowe. Podejmując decyzję o odrzuceniu oferty odwołującego zamawiający w odniesieniu do żadnej z podanych pozycji kosztowych nie postawił zarzutu, iż jest ona nierealna i rażąco niska. Jediną przesłanką do odrzucenia oferty odwołującego jest tylko brak podania w złożonych wyjaśnieniach sposobu ich obliczenia.

Wyjaśnienia, do których nie załączono dowodów w postaci dokumentów, z mocy prawa nie upoważniają Zamawiającego do odrzucenia oferty.

Wyjaśnienia w trybie art. 90 ustawy Prawo zamówień publicznych powinny być dokonywane w taki sam sposób, jak wyjaśnienia składane w trybie art. 26 ust. 4 czy art. 87 ust. 1, to znaczy winny prowadzić do usunięcia lub potwierdzenia zaistniałych wątpliwości.

Taki sposób rozumienia i stosowania przepisu art. 90 ustawy Prawo zamówień publicznych potwierdza zarówno orzecznictwo Krajowej Izby Odwoławczej, jak i prawo europejskie. Zarówno przepisy dyrektywy 2004/18/WE (artykuł 55.), jak i dyrektywy 2014/24/UE (artykuł 69.) wskazują, iż oceny i weryfikacji wątpliwości, czy oferta zawiera cenę rażąco niską, zamawiający dokonuje „przez konsultacje z oferentem”. Przepisy polskiego prawa ukształtowały procedurę wyjaśnień w tym zakresie poprzez pisemne wezwania i pisemnie składane wyjaśnienia, co nie oznacza, iż w przypadku wątpliwości zamawiającego nie jest on zobowiązany do kontynuowania wyjaśnień poprzez uszczegółowienie i sprecyzowanie zakresu oczekiwanych informacji. Kontynuacja procedury wyjaśnień powinna zostać dokonana poprzez czytelne sprecyzowanie oczekiwań zamawiającego, tak, aby wykonawca wiedział, w którym kierunku dowód ma przeprowadzić i na jakim poziomie szczegółowości, tj. wskazania, co faktycznie budzi wątpliwości zamawiającego. Bez tego każde wyjaśnienie może okazywać się niepełne i niedostateczne.

Udzielając wyjaśnień odwołujący podał pełny zakres kosztów uwzględnionych przy kalkulacji swojej ceny ofertowej, ujętych w pozycjach rodzajowych wynikających ze sposobu prowadzenia rachunkowości w spółce. Katalog „elementów cenotwórczych” wskazany w wezwaniu przez zamawiającego, do którego należało odnosić wyjaśnienia, nie jest adekwatny do rachunkowości spółki. Tak więc, bez doprecyzowania przez zamawiającego,

jakich konkretnych pozycji kosztowych, stanowiących wprost koszty związane bezpośrednio z przedmiotowym świadczeniem ma dotyczyć wyjaśnienie i bez wskazania racjonalnego i uzasadnionego stopnia szczegółowości wyjaśnień lub kalkulacji, jakich zamawiający wymaga we wskazanym zakresie, każde wyjaśnienie składane przez wykonawcę może być w jakimś zakresie kwestionowane, jako niewypełniające oczekiwań zamawiającego.

Podczas rozprawy zamawiający podtrzymał stanowisko wyrażone w informacji o odrzuceniu oferty odwołującego. Stwierdził, iż zgodnie z art. 90 ust. 2 ustawy Prawo zamówień publicznych obowiązek wykazania, że cena nie jest rażąco niska, spoczywa na wykonawcy, natomiast art. 90 ust. 1 wskazuje czynniki, które należy przedstawić w kalkulacji cenowej. Kalkulacja odwołującego powinna być dokładniejsza. Nie przedstawił on kalkulacji, tylko ogólne dane. W wyjaśnieniach odwołującego brak jest elementów wskazanych w informacji o odrzuceniu oferty.

Odpady będą zagospodarowywane w różnych frakcjach, odwołujący powinien więc rozdzielić, w jaki sposób zostały policzone koszty dla poszczególnych prac.

Odbiory nie są prowadzone cały miesiąc (codziennie), ale w wyjaśnieniach mogły być podane wyliczenia trasy, ilość pojazdów, podobnie odwołujący mógł obliczyć koszt pracy pracowników. Zamawiający nie żądałby umów o pracę. Odwołujący nie wskazał też, czy surowce wtórne przynoszą mu dochód, czy stratę.

Zamawiający nie musiał prosić o dodatkowe wyjaśnienia, ponieważ wyjaśnienia złożone przez odwołującego niczego nie udowodniły, a ustawa nie wskazuje na obowiązek ponownego wzywania. Prawdopodobnie decyzji zamawiającego potwierdzają wyjaśnienia drugiego pod względem wysokości ceny wykonawcy, który za zaoferowaną cenę nie byłby w stanie zrealizować zamówienia.

Wartość szacunkowa zamówienia nie może być określana na podstawie średnich cen z innych gmin, bo każda gmina ma inne wartości elementów kalkulacyjnych, np. inną trasę odbioru. Obliczając wartość szacunkową zamawiający oparł się na najniższej cenie odbioru zaoferowanej w roku 2013, doliczył współczynnik mieszkańców, których obecnie będzie mniej, współczynnik ilości odpadów, których będzie więcej, niż zakładano w roku 2013, doliczył współczynnik inflacji na rok 2015. Zamawiający zdaje sobie sprawę, że rynek wymusza na wykonawcach zmniejszanie kosztów wykonania zamówienia, ale nie o 30% w stosunku do ceny dotychczasowej.

**W oparciu o stan faktyczny ustalony na podstawie dokumentacji postępowania oraz złożonych oświadczeń i dokumentów Izba ustaliła i zważyła, co następuje: odwołanie zasługuje na uwzględnienie.**

Na wstępie Izba stwierdziła, że nie zachodzi żadna z przesłanek skutkujących odrzuceniem odwołania opisanych w art. 189 ust. 2 ustawy Prawo zamówień publicznych, a odwołujący ma interes we wniesieniu odwołania.

Izba ustaliła, iż stan faktyczny postępowania nie jest sporny między stronami.

Izba stwierdziła, iż zarzut nieprawidłowego przeprowadzenia procedury wyjaśnień wysokości ceny, o której mowa w art. 90 ustawy Prawo zamówień publicznych oraz przedwczesnego odrzucenia oferty odwołującego jako zawierającej rażąco niską cenę potwierdził się.

Art. 90 ust. 1-3 ustawy Prawo zamówień publicznych, regulujący kwestię wyjaśnień wysokości ceny ofert wykonawców, w brzmieniu obowiązującym po zmianie ustawy z 29 sierpnia 2014 r. ma następującą treść: „1. 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:

1) oszczędności metody wykonania zamówienia, wybranych rozwiązań technicznych, wyjątkowo sprzyjających warunków wykonywania zamówienia dostępnych dla wykonawcy, oryginalności projektu wykonawcy, kosztów pracy, których wartość przyjęta do ustalenia ceny nie może być niższa od minimalnego wynagrodzenia za pracę ustalonego na podstawie art. 2 ust. 3–5 ustawy z dnia 10 października 2002 r. o minimalnym wynagrodzeniu za pracę (Dz. U. Nr 200, poz. 1679, z 2004 r. Nr 240, poz. 2407 oraz z 2005 r. Nr 157, poz. 1314);

2) pomocy publicznej udzielonej na podstawie odrębnych przepisów.

2. Obowiązek wykazania, że oferta nie zawiera rażąco niskiej ceny, spoczywa na wykonawcy.

3. 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.”

Zatem z części przepisu „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” wynika, że podstawą wezwania wykonawcy do



wyjaśnień w zakresie ceny nadal są wątpliwości co do tego, czy za zaoferowaną cenę można prawidłowo wykonać zamówienie oraz czy nie jest to cena dumpingowa. Odniesienie się „w szczególności” do 30% wartości zamówienia lub średniej arytmetycznej cen złożonych ofert jest tylko (zgodnie ze znaczeniem określenia „w szczególności”) przykładem możliwości (i obowiązku) takiego wezwania. Nie oznacza jednak, że zamawiający nie może wezwać wykonawcy również w każdej innej sytuacji, w której wysokość ceny oferty będzie budziła jego wątpliwości. Tym samym nie można zarzucić zamawiającemu niepoprawności takiego wezwania.

Również co do sposobu obliczenia owej 30-procentowej różnicy pomiędzy ceną oferty a szacunkową wartością zamówienia Izba stwierdziła, że obliczenie zamawiającego było poprawne.

Co prawda rzeczywiście szacunkowa wartość zamówienia, zgodnie z art. 32 ust. 1 ustawy Prawo zamówień publicznych, odnosi się do „całkowitego szacunkowego wynagrodzenia wykonawcy, bez podatku od towarów i usług”, a w art. 90 ustawy Prawo zamówień publicznych nie wskazano, że wartość ta ma być powiększona o ten podatek, jednak nie można tego przepisu interpretować z całkowitym pominięciem zasad logiki. Tak więc należy porównywać ze sobą rzeczy porównywalne, czyli wartość netto z netto lub brutto z brutto, inaczej już na samym wstępie porównanie to będzie obarczone wadą w istotny sposób fałszującą jego wynik, gdyż przy podstawowej stawce podatku od towarów i usług – 23%, prawie cała wartość 30% zostanie „konsumowana” przez ów podatek i realnie będzie się porównywać pozostałe 7% lub też zsumowane 53%, a nie wskazane w przepisie 30%.

Należy też zwrócić uwagę, że obliczanie szacunkowej wartości zamówienia opisane w art. 32-35 ustawy Prawo zamówień publicznych jest często bardziej skomplikowane niż samo porównanie go z wynagrodzeniem wykonawcy, które może on uzyskać w ramach danego prowadzonego przetargu i złożonej oferty, jak choćby doliczanie zamówień uzupełniających, zamówienia udzielane w częściach, składanie ofert częściowych czy usługi lub dostawy powtarzające się okresowo. Również w takich przypadkach należy porównywać wartości sobie odpowiadające – np. dane części zamówienia do siebie, a nie do wartości całości zamówienia, ofertę na zamówienie podstawowe do wartości zamówienia podstawowego itd.

Izba jednak przyznała odwołującemu rację co do samego przebiegu procedury wyjaśnień i dokonanego na jej podstawie rozstrzygnięcia zamawiającego.

Zamawiający, w trybie art. 90 ustawy Prawo zamówień publicznych, wezwał odwołującego do złożenia wyjaśnień. Wezwanie zamawiającego można podzielić na 4 części.

W pierwszej części zamawiający wezwał wykonawcę do udzielenia wyjaśnień, w tym złożenia dowodów, dotyczących elementów oferty mających wpływ na wysokość ceny,

w celu ustalenia, czy oferta zawiera rażąco niską cenę w stosunku do przedmiotu zamówienia. Powołał się na art. 90 ust. 1 ustawy Prawo zamówień publicznych oraz odniósł do 35,2-procentowej różnicy pomiędzy ceną ofertową 308.448,00 zł brutto a wartością zamówienia powiększoną o podatek VAT, tj. 475.633,32 zł brutto.

W drugiej części zamawiający, powołując się na orzecznictwo, pouczył wykonawcę, że ustawa Prawo zamówień publicznych zakazuje wykonawcom formułowania ceny na niewiarygodnie niskim poziomie. Ciężar wykazania, że oferta nie zawiera rażąco niskiej ceny spoczywa na wykonawcy. Wykonawca powinien wskazać i opisać obiektywne czynniki mające wpływ na wysokość zaoferowanej ceny; wyjaśnienia powinny być jak najbardziej szczegółowe i winny zawierać wszystkie aspekty mające wpływ na cenę, tak, aby nie pozostawiały wątpliwości co do prawidłowego jej wyliczenia, a jednocześnie nie mogą opierać się na samych oświadczeniach wykonawcy. Wyjaśnienia wykonawcy muszą być konkretne, wyczerpujące i rzeczywiście uzasadniać podaną w ofercie cenę. Nie jest wystarczające złożenie jakichkolwiek wyjaśnień, lecz wyjaśnień odpowiednio umotywowanych, przekonujących, że zaproponowana oferta nie zawiera rażąco niskiej ceny. Zamawiający powołał się też na elementy cenotwórcze wymienione w art. 90 ust. 1 ustawy Prawo zamówień publicznych.

W trzeciej części zamawiający wskazał: „Zamawiający zwraca uwagę, iż prawidłowo skalkulowana cena powinna zawierać w sobie takie elementy cenotwórcze jak, w szczególności: 1) koszt nabycia i amortyzacji pojazdów; 2) koszt eksploatacji pojazdów, w tym koszt paliwa; 3) koszt prowadzenia bazy magazynowo-transportowej, tj. stałe koszty związane z utrzymaniem bazy na poziomie odpowiadającym wymaganiom przewidzianym w ustawie i rozporządzeniu; 4) koszt wyposażenia nieruchomości w pojemniki, koszt rozmieszczenia pojemników, koszt mycia pojemników; 5) koszt wynagrodzenia pracowników; 6) koszt finansowania działalności przedsiębiorcy; 7) podatki i opłaty, np.: podatek od nieruchomości, od środków transportu oraz opłaty: skarbowe, notarialne, administracyjne, sądowe, za zniszczenie środowiska, a także opłata za użytkowanie wieczyste; 8) pozostałe koszty rodzajowe, np.: ubezpieczenie majątkowe, podróże służbowe, reklama; 9) osiągnięcie należnego zysku; 10) zagospodarowanie odpadów komunalnych w RIPOK. Czwarta część odnosi się do kwestii formalnych, jak termin i miejsce złożenia wyjaśnień oraz sposób ich przesłania.

Z powyższego wynika więc, że samo wezwanie odwołującego do złożenia wyjaśnień koncentruje się na części trzeciej, w której zamawiający wskazał na 10 elementów cenotwórczych, które powinna zawierać prawidłowo skalkulowana oferta.

Odwołujący w swoich wyjaśnieniach zawarł tabelę, w której ujął następujące pozycje wraz z ich kosztami: amortyzacja pojazdów; płace z narzutami; koszty napraw pojazdów; zużycie

paliwa; pozostałe koszty transportu (ubezpieczenie, podatek drogowy), koszt utrzymania pojemników (amortyzacja, rozwożenie, mycie); zapewnienie worków do odpadów segregowanych; zagospodarowanie odpadów; razem koszty bezpośrednie; koszty wydziałowe (oddziału); koszty zarządu; koszty ogółem; marża.

Tym samym powyższy wykaz kosztów ogólnie odpowiada powyżej zacytowanemu wezwaniu zamawiającego.

Oprócz owej tabeli odwołujący przedstawił część opisową wyjaśnień, w której wskazał na swoje wieloletnie doświadczenie w świadczeniu usług odbioru i gospodarowania odpadów; oszczędności, jakie może osiągnąć dzięki posiadanemu taborowi, potencjałowi ludzkiemu i zapleczu technicznemu i warsztatowemu; już posiadanemu pojemnikom; niewielkiej odległości bazy magazynowo-transportowej do granic gminy itd. Odwołujący przedstawił też porównanie cen ofert złożonych w innych ofertach.

Oczywiście, samą tę część „opisową” można by uznać za zbyt ogólną i nie spełniającą wymogów co do przydatności wymaganych wyjaśnień, gdyż brak jest kalkulacji, w jaki sposób owe szczególne warunki i zalety wykonawcy przekładają się na cenę oferty i jakie dzięki nim może poczynić oszczędności.

Jednak przedstawiona tabela z kalkulacją ceny (kosztów) powoduje, że wyjaśnienia zaczynają zawierać konkretne informacje. Przy tym wykaz kosztów odpowiada swoim zakresem i szczegółowością wezwaniu zamawiającego.

Zatem, skoro zamawiający nie skierował bardziej szczegółowego wezwania, a uważał, że otrzymane wyjaśnienia nie są wystarczające, by można je było poddać ocenie, powinien poprosić wykonawcę o ich uszczegółowienie we wskazanym zakresie i przedstawienie dowodów wskazując np. które uznałby za najbardziej przekonujące.

Zgodnie z wymaganiami zamawiającego wykonawcy przedstawiali cenę oferty jako cenę globalną za wykonanie całości zamówienia oraz rozbili ją na wartość za poszczególne miesiące. W ofertach brak było bardziej szczegółowych kalkulacji kosztów. Tym samym wskazane przez zamawiającego w wezwaniu rozbieżności ceny na poszczególne elementy kalkulacji stanowi dopiero część wstępną analizy ceny, do której zamawiający może się odnieść w zakresie, który obudzi jego dalsze wątpliwości.

Jakkolwiek jest bezsporne w orzecznictwie i praktyce, a obecnie poparte także brzmieniem przepisu jest, że ciężar udowodnienia poprawności zaproponowanej ceny oferty spoczywa na wykonawcy, to jednak zamawiający powinien wskazać mu, w jakim kierunku wyjaśnienia te powinny być poprowadzone i na jakie okoliczności powinien on przedstawić dowody, czyli co w jego ofercie budzi wątpliwości zamawiającego, nie pozostawiając tego jedynie

domysłem wykonawcy. Jeśli wykonawca nie otrzyma konkretnych wskazówek od zamawiającego, udzieli odpowiedzi w zakresie i stopniu szczegółowości, który sam uzna za właściwy i trudno mu czynić zarzut, że wyjaśnienia te nie idą torem oczekiwanym przez zamawiającego. Zwłaszcza, jeśli odpowiadają wskazówkom zawartym w wezwaniu.

Jeśli więc w takim przypadku wykonawca przedstawił wyjaśnienia i dowody, które w jego mniemaniu udowodniały jego stanowisko, zamawiający powinien wskazać inne okoliczności, które wykonawca ma udowodnić lub wyjaśnić. Trudno jest bowiem wymagać od wykonawcy, aby przedstawił on wyjaśnienia i dowody na nieokreślone i wszystkie okoliczności i nie może być tak, że dopiero w uzasadnieniu odrzucenia oferty zamawiający wskaże, że miał na myśli zupełnie inne kwestie i tylko wykonawca nie pojął jego milczących intencji.

Przy takim podejściu zamawiający w sposób dowolny mogliby odrzucać oferty wykonawców.

Przykładem w niniejszym postępowaniu może być choćby wskazane podczas rozprawy kwestia zagospodarowania odpadów zbieranych selektywnie – zamawiający zarzucił odwołującemu, że nie wskazał tego w swoich wyjaśnieniach, podczas gdy w wezwaniu odniósł się jedynie i wprost do zagospodarowania odpadów w RIPOK. Zaś w kwestii dowodowej – zamawiający wskazał podczas rozprawy, że nie żądałby umów o pracę, ale nie wskazał odwołującemu, że takiego dowodu nie oczekuje, więc kwestia braku udowodnienia wysokości płacy pracowników mogłaby być podniesiona w każdej chwili.

Należy też zwrócić uwagę, że większość pozycji wyceny wymaganej przez zamawiającego i przedstawionej przez odwołującego odnosi się do kosztów wewnętrznych wykonawcy – koszt pracy pracowników, koszt amortyzacji, koszt zarządu itd. Koszty te są obliczane przez samo przedsiębiorstwo, więc na te okoliczności trudniej jest przedstawić dowody, niż np. na wysokość cen za przyjęcie do instalacji RIPOK (jeśli zamawiający w ogóle w tej kwestii potrzebuje dowodu, gdyż koszt ten jest jednakowy dla wszystkich wykonawców i znany w branży). Tym bardziej należy więc wskazać, na które okoliczności wystarczy oświadczenie wykonawcy, a na które wykonawca powinien przedstawić dowód i jaki dowód byłby najlepszy, np. informacje ze sprawozdania finansowego, zgłoszenie pracowników do ZUS, umowy o pracę, faktury.

W informacji o odrzuceniu oferty odwołującego zamawiający wskazał, że wykonawca nie przedstawił konkretnych wyjaśnień i nie załączył żadnych dowodów na potwierdzenie:

- zużycia paliwa w wysokości 31.800,00 zł (wykonawca nie wskazał, w jaki sposób obliczono tę kwotę, gdyż jest podana tylko cena paliwa, a brak norm spalania paliwa przez poszczególne pojazdy, ilości km, jakie pojazdy przejadą przy odbiorze poszczególnych frakcji odpadów itd.),

- kosztów utrzymania pojemników (amortyzacja, rozwożenie, mycie) w kwocie 24.960,00 zł (wykonawca nie wskazał, w jaki sposób obliczono tę kwotę, ile zostanie rozwieszonych pojemników, jaki jest koszt rozwieszenia pojemników, koszt mycia pojemników, jaka jest amortyzacja),
- zagospodarowania odpadów w kwocie 102.600,00 zł (w jaki sposób obliczono tę kwotę, jaki jest koszt zagospodarowania odpadów w RIPOK Hajnówka, jaki jest koszt zagospodarowania surowców wtórnych itp.),
- kosztów wydziałowych (oddziału) w kwocie 6.000 zł, czy są to koszty bazy magazynowo-transportowej (wykonawca nie wskazał, w jaki sposób obliczono tę kwotę),
- w wyjaśnieniu brakuje wskazania obiektywnych czynników, które mogłyby potwierdzać, że domniemanie rażąco niskiej ceny jest niezasadne. Choć te akurat wykonawca przedstawił w części ogólnej wyjaśnień – może więc zamawiający miał na myśli kwotę, o jaką obniżyły one cenę oferty.

Zatem rację ma odwołujący, że podstawą odrzucenia oferty była nie tyle negatywna ocena wysokości zaoferowanej ceny, o której mowa w art. 90 ust. 3 ustawy Prawo zamówień publicznych, ale brak powyżej wymienionych informacji. Wskazuje to na fakt, że wyjaśnienia nie zostały przeprowadzone w sposób kompletny, w szczególności, że zamawiający w swoim wezwaniu nie wskazywał, że takich informacji wymaga w takim stopniu rozbicia.

Zamawiający powinien zatem powtórzyć czynność wyjaśnień wysokości rażąco niskiej ceny w taki sposób, aby był w stanie dokonać oceny, o której mowa w art. 90 ust. 3 ustawy Prawo zamówień publicznych. Z tym, iż zamawiający nie musi powtarzać tej części wyjaśnień, która już nastąpiła, tj. pierwszego wezwania do wyjaśnień, lecz powinien je kontynuować. W swoim wezwaniu zamawiający powinien wskazać, jakich dodatkowych informacji żąda od wykonawcy w zakresie przedstawionych pozycji tabeli kalkulacji kosztów, ewentualnie na jakie okoliczności i w jakim zakresie wykonawca powinien przedstawić dowody.

W związku z powyższym Izba orzekła jak w sentencji uwzględniając odwołanie.

O kosztach postępowania odwoławczego orzeczono na podstawie art. 192 ust. 9 i 10 ustawy Prawo zamówień publicznych, stosownie do wyniku postępowania, zgodnie z § 1 ust. 1 pkt 2, § 3 i § 5 ust. 2 pkt 1 rozporządzenia Prezesa Rady Ministrów z dnia 15 marca 2010 r. w sprawie wysokości i sposobu pobierania wpisu od odwołania oraz rodzajów kosztów w postępowaniu odwoławczym i sposobu ich rozliczania (Dz. U. Nr 41, poz. 238).

**Przewodniczący:** .....

.....

.....