

Sygn. akt: KIO 2155/17

WYROK
z dnia 2 listopada 2017r.

Krajowa Izba Odwoławcza - w składzie:

Przewodniczący: Katarzyna Poprawa

Katarzyna Prowadzisz Ewa Sikorska

Protokolant: Adam Skowroński

po rozpoznaniu na rozprawie w dniu 30 października 2017 r. w Warszawie odwołania wniesionego do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej w dniu 16 października 2017 r. przez Wykonawcę **ELPOLAB Spółka z ograniczoną odpowiedzialnością z siedzibą w Połańcu, Zawada 26, 28-230 Połaniec** w postępowaniu prowadzonym przez Zamawiającego **ENEA ELEKTROWNIA POŁANIEC Spółka Akcyjna z siedzibą w Połańcu, Zawada 26, 28-230 Połaniec**

przy udziale Wykonawcy **POLCARGO INTERNATIONAL Spółka z ograniczoną odpowiedzialnością z siedzibą w Szczecinie, ul. Henryka Pobożnego 5, 70-900 Szczecin** zgłaszającego swoje przystąpienie w sprawie sygn. akt KIO 2155/17 po stronie Zamawiającego

orzeka:

1. Oddala odwołanie

2. Kosztami postępowania obciąża ELPOLAB Spółka z ograniczoną odpowiedzialnością z siedzibą w Połańcu, 28-230 Połaniec, Zawada 26 i:

2.1. zalicza w poczet kosztów postępowania odwoławczego kwotę **15 000 zł 00 gr** (słownie: piętnaście tysięcy złotych zero groszy) uiszczoną przez Odwołującego **ELPOLAB Spółka z ograniczoną odpowiedzialnością z siedzibą w Połańcu, 28-230 Połaniec, Zawada 26** tytułem wpisu od odwołania,

2.2. zasądza od – **ELPOLAB Spółka z ograniczoną odpowiedzialnością z siedzibą w Połańcu, 28-230 Połaniec, Zawada 26** na rzecz Zamawiającego **ENEA ELEKTROWNIA POŁANIEC Spółka Akcyjna z siedzibą w Połańcu, Zawada 26; 28-230 Połaniec** kwotę **3.600,00 zł** (słownie: trzy tysiące sześćset złotych 00/100) tytułem wynagrodzenia pełnomocnika.

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

.....
.....
.....

Sygn. akt: KIO 2155/17

UZASADNIENIE

Zamawiający - Enea Elektrownia Połaniec Spółka Akcyjna Zawada 26 28-230 Połaniec prowadzi postępowanie o udzielenie zamówienia publicznego w trybie przetargu nieograniczonego, na podstawie ustawy z dnia 29 stycznia 2004r. Prawo zamówień publicznych (t.j. Dz.U. z 2015r. poz. 2164 ze zm. – zwanej dalej Pzp) pn.: „**Wykonanie usług laboratoryjnych w zakresie badań biomasy, paliw wtórnych (RDF), addytywów oraz zawieszin i ścięków z instalacji odsiarczania spalin**”, znak: **DZ/PZP/1/2017**.

Wartość zamówienia jest większa niż kwota wskazana w przepisach wydanych na podstawie art. 11 ust. 8 Pzp. Ogłoszenie o zamówieniu zostało opublikowane w Dzienniku Urzędowym Unii Europejskiej w dniu 30.06.2017 r. pod numerem 2017/S 123-250372. Dnia 16.10.2017r. do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej zostało wniesione odwołanie przez Odwołującego, którym jest **ELPOLAB Sp. z o.o. 28-230 Połaniec, Zawada 26** – zwany dalej Odwołującym.

Odwołanie zostało wniesione z zachowaniem ustawowego terminu do wniesienia odwołania oraz z zachowaniem obowiązku przekazania zamawiającemu kopii odwołania.

Odwołujący Zarzucił Zamawiającemu naruszenie:

- 1) art. 7 ust. 1 ustawy Prawo zamówień publicznych (tekst jedn. Dz. U. z 2017 poz. 1579), poprzez przeprowadzenie postępowania w sposób nie zapewniający zachowania uczciwej konkurencji i równego traktowania wykonawców,
- 2) art. 89 ust. 1 pkt 4) ustawy Prawo zamówień publicznych poprzez jego niezastosowanie, co w konsekwencji doprowadziło do wyboru oferty zawierającej rażąco niską cenę,
- 3) art. 90 ust. 1 ustawy Prawo zamówień publicznych poprzez jego niezastosowanie.

Odwołujący wniósł o uwzględnienie odwołania w całości i nakazanie Zamawiającemu:

- 1) unieważnienia czynności wyboru oferty **POLCARGO INTERNATIONAL Spółka z o.o., 70-900 Szczecin, ul. H. Pobożnego 5;**
- 2) niezwłoczne powtórzenie czynności badania i oceny ofert;
- 3) odrzucenie oferty **POLCARGO INTERNATIONAL Sp. z o.o. 70-900 Szczecin, ul. H. Pobożnego 5;**
- 4) dokonania wyboru oferty Odwołującego jako oferty najkorzystniejszej.

Odwołujący wskazał, iż poprzez naruszenie wyżej wskazanych przepisów, został w niniejszym postępowaniu naruszony, przez Zamawiającego interes Odwołującego w uzyskaniu zamówienia,

ponieważ oferta Odwołującego uzyskała w przedmiotowym postępowaniu drugi w kolejności najwyższy bilans punktacji przyznawanej zgodnie z ustanowionymi specyfikacji istotnych warunków zamówienia (zwanej dalej SIWZ) kryteriami oceny ofert i przy prawidłowym zastosowaniu art. 89 ust. 1 pkt 4) ustawy Prawo zamówień publicznych, przy ewentualnym poprzedzeniu odrzucenia, zastosowaniem art. 90 ust. 1 ustawy Prawo zamówień publicznych, powinna być uznana za ofertę najkorzystniejszą, jako spełniającą wszystkie warunki postawione w postępowaniu przez Zamawiającego oraz zawierającą najkorzystniejszy bilans punktacji uzyskanej w ustanowionych niniejszym postępowaniem kryteriów wyboru oferty najkorzystniejszej.

W konsekwencji, istnieje możliwość poniesienia szkody przez Odwołującego, a co za tym idzie Odwołujący ma interes we

wniesieniu odwołania.

W uzasadnieniu odwołujący wywodzi, iż zamawiający dokonując wyboru oferty najkorzystniejszej, wybrał ofertę wykonawcy POLCARGO INTERNATIONAL Sp. z o.o. niezgodną z treścią SIWZ, wobec zaferowania cen jednostkowych – nierealnych, rażąco zaniżonych, uniemożliwiających wykonanie zamówienia zgodnie z warunkami określonymi przez Zamawiającego oraz wskutek ukształtowania przedmiotowych cen sposób naruszający dobre obyczaje i zasady współzycia społecznego, co winno skutkować odrzuceniem oferty POLCARGO INTERNATIONAL Spółka z o.o., ewentualnie poprzedzonym czynnościami wyjaśnień dokonanych w trybie przewidzianym art. 90 ust. 1 ustawy Prawo zamówień publicznych.

Wycena dokonana w sposób niezgodny z treścią SIWZ powoduje, że wynagrodzenie jednostkowe zaferowane przez Wykonawcę POLCARGO INTERNATIONAL Sp. z o.o., w szczególności w zakresie poz. 1-6 Formularza oferty, budzi wątpliwości, co do możliwości wykonania wskazanych w tych pozycjach usług, stanowiących przedmiot zamówienia, zgodnie z wymaganiami Zamawiającego, co z kolei powinno skłonić Zamawiającego do wezwania POLCARGO INTERNATIONAL Spółka z o.o. do złożenia wyjaśnień w zakresie rażąco niskiej ceny, czego Zamawiający zaniechał, doprowadzając do wyboru oferty, która podlegać winna odrzuceniu. Zaferowane przez POLCARGO INTERNATIONAL Spółka z o.o. wynagrodzenia jednostkowe, określone w punkcie 2 Formularza oferty POLCARGO INTERNATIONAL Spółka z o.o. dla poszczególnych pozycji usług w zakresie m.in. 1-6, są niezgodne z SIWZ, albowiem nie spełniają wymagań wyraźnie wskazanych w punkcie 20.7. Instrukcji dla Wykonawców (Część I SIWZ), w którym wskazuje się, że „cena oferty musi uwzględniać wszystkie wymagania SIWZ oraz obejmować wszelkie koszty, jakie poniesie Wykonawca z tytułu należytej oraz zgodnej z obowiązującymi przepisami realizacji przedmiotu zamówienia”. Powyższe w sposób oczywisty, ze względu na sposób obliczania i ustanowione zasady wypłaty wynagrodzenia wskazuje na fakt, iż wynagrodzenia jednostkowe stanowiące istotną część całościowej ceny oferty ww. Wykonawcy zawierają rażąco niską cenę. Kalkulacja cen jednostkowych w szczególności dla pozycji nr 1 - 6 Formularza oferty dokonana przez Wykonawcę POLCARGO INTERNATIONAL Sp. z o.o. jest niezgodna z SIWZ, poprzez jej ustalenie w sposób nieadekwatny do zakresu i kosztów prac składających się na poszczególne usługi objęte danymi pozycjami przedmiotu zamówienia. Tym samym została ustalona w sposób zakładający wykonanie zamówienia w ramach wyspecyfikowanych

rodzajów usług poniżej ich rzeczywistych kosztów. W tym sensie założona w ofercie kalkulacja nie jest ceną rynkową i może służyć do pozyskania zamówienia publicznego przez POLCARGO INTERNATIONAL Sp. z o.o. kosztem pozostałych wykonawców oraz samego Zamawiającego, który ze względu na wskazany w SIWZ, a w szczególności w projekcie umowy, stanowiącym załącznik do SIWZ, sposób dokonywania rozliczeń poniesie większe niż wskazane w ofercie koszty realizacji zamówienia.

Zgodnie z przywołanym projektem umowy, pkt 5.1. „za świadczenie usług wymienionych w punkcie 2 umowy miesięczne rozliczenie nastąpi powykonawczo według iloczynu ilości badanych próbek i wynagrodzenia ryczałtowo-jednostkowego”. Tak więc faktycznie, pomimo wskazania maksymalnego, całkowitego wynagrodzenia za wykonanie usług w całym okresie obowiązywania umowy (pkt 5.2. projektu umowy), które to wynagrodzenie jak nakazuje logika zostało przyjęte jako cena oferty, faktyczne wynagrodzenie jakie Zamawiający będzie zobowiązany zapłacić Wykonawcy, z którym w wyniku prowadzonego postępowania o udzielenie zamówienia publicznego zawrze umowę w sprawie zamówienia publicznego, będzie uzależnione od zaferowanych cen jednostkowych, z których kwestionowane przez Odwołującego w szczególności (pozycje 1-6), stanowią w ogólnej liczbie próbek objętych przedmiotem zamówienia 43,05%. To stanowi blisko połowę ogólnej liczby próbek, które w ramach przedmiotowego zamówienia winny zostać przebadane i za których analizę Zamawiający na podstawie zawartej umowy będzie zobowiązany zapłacić poprzez zastosowanie iloczynu przebadanych próbek i cen jednostkowych wskazanych w ofercie. Jeżeli więc Wykonawca POLCARGO INTERNATIONAL Sp. z o.o., w zakresie przekraczającym 43% zakresu zamówienia zaferował ceny jednostkowe, noszące znamiona cen rażąco niskich, to w ocenie Odwołującego ziszcila się dyspozycja art. 90 ust. 1 ustawy Prawo zamówień publicznych, w myśl której, jeżeli istotne części składowe zaferowanej ceny noszą znamiona ceny rażąco niskiej, oferta taka podlega odrzuceniu. Przy czym niezależnie od udziału procentowego liczby próbek objętych znamionami ceny rażąco niskiej w ogólnej liczbie próbek przewidzianych do analizy, należy wskazać, iż założona przez POLCARGO INTERNATIONAL Sp. z o.o. cena próbek z zakresu w szczególności kwestionowanego przez Odwołującego, stanowi udział na poziomie 64,29% w ogólnej cenie oferty, która była brana pod uwagę przy ocenie ofert.

Tak więc jeżeli w sposób rażąco zaniżone ceny jednostkowe przekraczają połowę założonej w ofercie ceny, to w sposób jednoznaczny należy stwierdzić, iż kwestionowane ceny jednostkowe posiadają znaczący wpływ na ukształtowanie ceny ofertowej, a jak wskazuje orzecznictwo Krajowej Izby Odwoławczej, zapadłe nawet w uprzednim stanie prawnym, który w swych założeniach nie zakładał istnienia rażąco niskich cen jednostkowych, skutkujących odrzuceniem oferty, kwestionowanie poszczególnych cen jednostkowych, czy cen za niektóre elementy przedmiotu zamówienia, może odnieść zakładany skutek, o ile zostanie wykazane, że podważane ceny cząstkowe determinują cenę całej oferty - orzeczenie KIO z dnia 19 kwietnia 2013 r., sygn. akt KIO 791/13. Powyższa teza znajduje również potwierdzenie w orzeczeniach Krajowej Izby Odwoławczej zapadłych na podstawie aktualnie obowiązujących przepisów prawa. Dla potwierdzenia czego przywołać można m.in. wyrok KIO z dnia 22 lutego 2017 r., sygn. akt KIO 271/17.

Jeżeli zatem udział ogólnej wartości pozycji 1-6, budzących szczególne wątpliwości co do ich realności, w całkowitej cenie oferty POLCARGO INTERNATIONAL Sp. z o.o. przekracza 60%, jak również % udział czasu wykonania badań biomasy (poz. 1-6) w stosunku do czasochłonności wykonania wszystkich usług w ramach przedmiotowego zamówienia wynosi 81,40 % - to nie sposób stwierdzić, iż te poszczególne elementy, w obecnym stanie prawnym dopuszczone do badania pod względem ich realności i rzetelności w świetle dopuszczalności odrzucenia oferty na podstawie art. 89 ust. 1 pkt 4) ustawy Pzp - pozostają bez istotnego wpływu na zaferowaną cenę.

Zdaniem Odwołującego, ceny w pozycjach (1-6) Formularza oferty są rażąco niskie w stosunku do przedmiotu zamówienia i nie uwzględniają wszystkich wymaganych przez Zamawiającego kosztów. Biorąc pod uwagę ceny rynkowe i posiadane przez Odwołującego wieloletnie doświadczenie w wykonywaniu usług objętych niniejszym postępowaniem, w tym w szczególności zdobyte podczas świadczonych nieprzerwanie od 14 lat usług laboratoryjnych na rzecz Zamawiającego, Odwołujący dokonał kalkulacji

kosztów wykonania czynności ujętych w pozycjach 1-6 Formularza oferty, wymaganych do uwzględnienia przez Zamawiającego i przepisy prawa.

Do wyliczenia ceny jednostkowej poszczególnych pozycji 1-6 Formularza oferty Odwołujący przyjął minimalne koszty wykonania ww. czynności. Załącza tabelę stanowiącą własną kalkulację podstawowych kosztów usług stanowiących przedmiot zamówienia (dla poz. 1-6 formularza oferty Polcargo) w oparciu o założenia minimalnych stawek i kosztów bez zysku. Z kalkulacji wynika, iż zaoferowane przez Wykonawcę POLCARGO INTERNATIONAL Sp. z o.o. ceny jednostkowe pozycji 1-6 Formularza oferty nie pokrywają minimalnych kosztów wykonania i stanowią dla tej pozycji ceny rażąco niskie. Biorąc pod uwagę procentowy udział ww. pozycji w zakresie i wartości całego zamówienia oraz czasochłonności wykonania wszystkich usług objętych przedmiotem zamówienia, należy stwierdzić iż wartość pozycji 1-6 Formularza oferty stanowi istotną część całkowitej ceny oferty POLCARGO INTERNATIONAL Sp. z o.o., co z kolei stanowi o tym, że cena całkowita oferty POLCARGO INTERNATIONAL Sp. z o.o. jest ceną rażąco niską.

Wskazuje, iż co prawda ustawodawca nie zdefiniował ceny rażąco niskiej, jednakże w świetle ugruntowanego orzecznictwa oraz dorobku doktryny należy uznać, że ceną rażąco niską jest cena nierealistyczna, za którą nie jest możliwe wykonanie zamówienia w należyty sposób, która ponadto wskazuje na zamiar realizacji zamówienia poniżej kosztów własnych wykonawcy, niepozwalający na wygenerowanie przez niego zysku.

Na gruncie przedstawionej powyżej tezy wskazuje, iż uwzględniając zapisy SIWZ, w tym postanowienia opisu przedmiotu zamówienia, należy stwierdzić, iż Zamawiający dla realizacji przedmiotowego zamówienia, wymagał zatrudnienia co najmniej 19 osób, przy czym uwzględniając w szczególności położenie siedziby POLCARGO INTERNATIONAL Sp. z o.o., do realizacji zamówienia koniecznym będzie dysponowanie, skutkujące koniecznością poniesienia dodatkowych kosztów, większą niż 19 liczbą osób. Dodatkowo zaoferowane w pozycjach 1-6 wynagrodzenie jednostkowe budzi uzasadnione wątpliwości, czy wkalkulowany w to wynagrodzenie, poziom wynagrodzenia pracowniczego odpowiada co najmniej minimalnemu wynagrodzeniu ustalonym przez państwo, przy uwzględnieniu uwarunkowań rynkowych, pozwalających na zatrudnienie osób posiadających odpowiednie kwalifikacje (specjalistów) ze względu na zakres czynności określonych w SIWZ, dla

realizacji których Zamawiający wymaga ich wykonywania w ramach stosunku pracy. Wątpliwości budzi również, czy założony w cenie jednostkowej koszt robocizny osób wykonujących w imieniu Wykonawcy zamówienie obejmuje wszystkie faktyczne koszty pracodawcy związane z jego obowiązkami wynikającymi m.in. z prawa pracy. Skalkulowane w poszczególnych pozycjach oferty POLCARGO INTERNATIONAL Sp. z o.o. wynagrodzenie jednostkowe rodzi również zastrzeżenia ze względu na odległość zarówno siedziby, jak i zakładu ww. Wykonawcy od miejsca, w którym ze względu na specyfikę przedmiotu zamówienia będzie ono faktycznie, w przeważającej części realizowane, co w sposób oczywisty pociąga za sobą dodatkowe koszty związane z zatrudnieniem osób, realizujących przedmiot zamówienia, jak również liczby osób zaangażowanych w jego realizację.

Przy dokonaniu prawidłowej kalkulacji, zgodnej z obowiązującymi w tym zakresie zasadami, cena oferty winna uwzględniać wszystkie składniki składające się na koszt wykonania danej usługi. Wskazuje na ugruntowane w tym zakresie orzecznictwo, zgodnie z którym, przy ustalaniu czy zaoferowana cena nie jest rażąco niska należy brać pod uwagę realność poczynionych założeń co do czasochłonności pracy oraz rzeczywistości i zgodności z prawem stawek wynagrodzenia, jak również uwzględniać realny koszt czynności potrzebnych do osiągnięcia rezultatu w postaci należytego wykonania przedmiotu zamówienia. Przytoczone reguły badania pod względem rażącego, niedopuszczalnego prawem obniżenia ceny ofertowej, nakazuje m.in. wyrok Krajowej Izby Odwoławczej z dnia 7 czerwca 2016r., sygn. akt 846/16.

Wychodzi iż, sposób kalkulacji przyjęty przez POLCARGO INTERNATIONAL Sp. z o.o. wskazuje, że w wycenie tych pozycji albo nie został uwzględniony albo został uwzględniony na poziomie zaniżonym koszt realizacji poszczególnych usług, który winien uwzględniać również fakt, iż pobrane próbki, których badanie i analiza stanowi przedmiot zamówienia winny być przebadane przez wyspecjalizowane laboratorium, co w sposób oczywisty przekłada się na koszt wykonania usługi w odniesieniu do miejsca położenia takiego laboratorium.

Odwołujący wskazuje, iż niezależnie od powyższego należy wskazać, że obok wyżej wymienionych elementów, które bezwzględnie winny zostać wzięte pod uwagę przy dokonywaniu kalkulacji poszczególnego wynagrodzenia jednostkowego, do jego kwoty niezbędnym jest doliczenie również kosztów odczynników, preparatów oraz specjalistycznego sprzętu w tym związane z utrzymaniem sprawności sprzętu oraz pozostałe koszty, w tym wynikające z przepisów prawa niezbędne dla należytego wykonania zamówienia, co w świetle cen jednostkowych określonych dla poszczególnych pozycji budzi poważne wątpliwości.

Co prawda ustawodawca nie zdefiniował rażąco niskiej ceny, jednakże ustalona linia orzecznicza pozwala na stwierdzenie, zgodnie z którym, aby cena zawarta w ofercie nie została uznana za rażąco niską, musi być skalkulowana w sposób rynkowy, innymi słowy musi obejmować wszystkie koszty wykonania zamówienia, ponoszone przez wykonawcę, a także musi obejmować pewien zysk. Uwzględniając wskazane założenia w świetle znowelizowanego art. 90 ustawy Prawo zamówień publicznych, które obecnie, inaczej niż dotychczas, pozwalają Zamawiającemu na powzięcie wątpliwości co do występowania rażąco niskiej ceny nie tylko na podstawie całościowej ceny oferty, ale także na podstawie analizy poszczególnych, istotnych części składowych, które wydają się rażąco

niskie w stosunku do przedmiotu zamówienia. W niniejszej sprawie takie podejście jest o tyle istotne, że ze względu na zastosowany przez Zamawiającego sposób rozliczenia, poprzez zapłatę za faktycznie wykonane usługi, płatne na podstawie zaoferowanych cen jednostkowych, mając na uwadze jednocześnie ratio legis art. 89 ust. 1 pkt 4) w związku z art. 90 ustawy Prawo zamówień publicznych, zasadnym jest stwierdzenie, zgodnie z którym cena zaoferowana przez Wykonawcę musi być wiarygodna, tzn., że z tytułu realizacji zamówienia i pozyskanego za nie wynagrodzenia, przy zachowaniu należytej staranności wykonawca nie będzie ponosił strat. Przywołane powyżej przepisy mają na celu zapobieganie dokonywaniu wyboru oferty, która nie daje pewności, że zamówienie zostanie wykonane i to bez uszczerbku dla jego jakości, innymi słowy przywołane przepisy mają gwarantować zamawiającemu ochronę przed nieuczciwymi praktykami wykonawców, którzy zaniżając cenę lub koszt w celu uzyskania zamówienia, na etapie realizacji mogą sobie to rekompensować niższą jakością lub domaganiem się dodatkowego wynagrodzenia. W skrajnych wypadkach wybór oferty z rażąco niską ceną może prowadzić do niewykonania, chociażby częściowego zamówienia.

Wskazując na powyższe należy uznać, iż oferta POLCARGO INTERNATIONAL Sp. z o.o., uznana za najkorzystniejszą w niniejszym postępowaniu, jako zawierająca rażąco niską cenę winna zostać odrzucona na podstawie art. 89 ust. 1 pkt 4) ustawy Prawo zamówień publicznych, czego Zamawiający zaniechał, względnie Zamawiający winien przed podjęciem ostatecznej decyzji w sprawie wyboru oferty najkorzystniejszej wezwać POLCARGO INTERNATIONAL Sp. z o. o. do złożeniawyjaśnień w trybie art. 90 ustawy PZP. W efekcie odrzucenia oferty zawierającej rażąco niską cenę, czyli w wyniku prawidłowo przeprowadzonego postępowania, zgodnie z przytoczonym orzecznictwem, oferta Odwołującego jako najkorzystniejsza, winna, wbrew decyzji Zamawiającego, zostać uznana za najkorzystniejszą, a dokonane wadliwie przez Zamawiającego rozstrzygnięcie postępowania winno zostać wyeliminowane z obrotu prawnego.

Dnia 18.10.2017r. do postępowania odwoławczego zgłosił przystąpienie po stronie Zamawiającego wykonawca: Polcarg International Sp. z o.o. ul. Henryka Pobożnego 5, 70-900 Szczecin – zwany dalej Przystępującym, zachowując termin ustawowy oraz obowiązek przekazania kopii przystąpienia Zamawiającemu i Odwołującemu. Przystępujący wniósł o oddalenie odwołania, przedstawiając argumentację na potwierdzenie, iż zaoferowana przez niego cena, nie jest ceną rażąco niską. Wskazał, iż interes w uzyskaniu rozstrzygnięcia na korzyść zamawiającego polega na możliwości realizacji oferty, wybranej przez zamawiającego do realizacji przedmiotowego zamówienia.

Izba ustaliła, że odwołanie nie podlega odrzuceniu i przeprowadziła rozprawę, podczas której strony podtrzymały dotychczasowe stanowiska.

Po przeprowadzeniu rozprawy Izba, biorąc pod uwagę oświadczenia i stanowiska stron i Wykonawcy Polcarg International Sp. z o.o. zawarte w odwołaniu i zgłoszonym przystąpieniu, a także wyrażone ustnie na rozprawie i odnotowane w protokole, ustaliła i zważyła, co następuje.
Izba ustaliła

Na wstępie Krajowa Izba Odwoławcza ustaliła, że Odwołujący legitymuje się uprawnieniem do korzystania ze środków ochrony prawnej, o którym stanowi przepis art. 179 ust. 1 Pzp, według którego środki ochrony prawnej określone w ustawie przysługują wykonawcy, uczestnikowi konkursu, a także innemu podmiotowi, jeżeli ma lub miał interes w uzyskaniu danego zamówienia oraz poniósł lub może ponieść szkodę w wyniku naruszenia przez Zamawiającego przepisów niniejszej ustawy. Wykonawca Polcarg International Sp. z o.o. ul. Henryka Pobożnego 5, 70-900 Szczecin skutecznie przystąpił do postępowania odwoławczego po stronie Zamawiającego, spełniając wymagania zawarte w art. 185 ust. 2 i 3 Pzp.

Z ustaleń Izby wynika, iż w przedmiotowym postępowaniu zostały złożone dwie oferty przez wykonawców:

- 1.Polcarg International Sp. z o.o. ul. Henryka Pobożnego 5, 70-900 Szczecin (cena oferty 1.938.172,50 PLN) oraz
- 2.ELPOLAB Sp. z o.o., 28-230 Połaniec; Zawada 26 (cena oferty 2.577.157,50 PLN).

Dnia 05.10.2017r. Zamawiający przekazał wykonawcom informację o wyborze oferty najkorzystniejszej, wskazując, iż jako najkorzystniejszą wybrano ofertę złożoną przez Polcarg International Sp. z o.o. ul. Henryka Pobożnego 5, 70-900 Szczecin.

W uzasadnieniu wyboru najkorzystniejszej oferty Zamawiający wskazał, że: „*oferta POLCARGO INTERNATIONAL Spółka z o.o. jako spełniająca wszystkie warunki ustanowione w SIWZ i przedstawiająca najkorzystniejszy bilans punktacji przyznawanej na podstawie ustanowionych w postępowaniu kryteriów wyboru ofert, została uzna na za ofertę najkorzystniejszą*”.

Podczas rozprawy Zamawiający potwierdził, iż dokonał wyboru oferty najkorzystniejszej nie występując do wykonawcy Polcarg International Sp. z o.o. o wyjaśnienie rażąco niskiej ceny, ponieważ zaoferowana cena nie wypełniła przesłanki wskazanej w art. 90 ust. 1 pkt. 1a ustawy Pzp. nakładającej na zamawiającego obowiązek zwrócenia się do wykonawcy o wyjaśnienie rażąco niskiej ceny. Obowiązek taki nałożony jest na zamawiającego w sytuacji, kiedy cena oferty jest niższa o 30% od wartości zamówienia powiększonej o należny podatek od towarów i usług, lub średniej arytmetycznej cen wszystkich złożonych ofert. Cena oferty Polcarg International Sp. z o.o. nie przekroczyła wymaganego progu, zatem zamawiający nie miał obowiązku uznania jej za rażąco niską. Również poszczególne ceny jednostkowe wskazane w formularzu ofertowym, stanowiące istotne części składowe ceny oferty nie były dla zamawiającego rażąco niskie ani nie wzbudziły wątpliwości co do możliwości wykonania zamówienia zgodnie z wymaganiami określonymi w specyfikacji istotnych warunków zamówienia. Zatem i te elementy ceny nie wymagały wyjaśnień ze strony wykonawcy. W ocenie zamawiającego oferta wykonawcy Polcarg International Sp. z o.o. jest zgodna z wymaganiami zawartymi w dokumentacji postępowania, zawiera wszystkie koszty związane

z realizacją zamówienia a zaoferowana cena jest ceną realną, za którą możliwe jest wykonanie przedmiotowego zamówienia.

Wykonawca Polcarg International Sp. z o.o. zgłaszając przystąpienie do postępowania odwoławczego wskazał, iż zajmuje się badaniem jakości paliw od 1992r. i w realizacji oraz kalkulacji świadczonych usług posiada doświadczenie. Składając ofertę dokonał szacowania wszystkich kosztów w stosunku do wymogów zawartych w SIWZ, uwzględniając koszt robocizny, materiałów, sprzętu, wynajmu itp. ale również dowozu próbek do laboratorium zlokalizowanego w Chorzowie, a nie w Szczecinie jak wywodził w swojej kalkulacji odwołujący. Na rozprawie podkreślił, iż czas dojazdu do laboratorium w Chorzowie to ok. dwie godz. drogi od siedziby Zamawiającego znajdującej się w Połańcu,co znacznie wpływa na obniżenie kosztów transportu, a w konsekwencji ma przełożenie na cenę jednostkową. Wykonywanie badania próbek w laboratorium w Szczecinie jest założeniem błędnym i nieuzasadnionym, znacznie podniosłoby koszty realizacji zamówienia. Wykonawca Polcarg International Sp. z o.o. podczas rozprawy wykazał, że Odwołujący dokonując kalkulacji kosztów jego oferty przyjął błędne założenia dotyczące odległości w transporcie próbek, generujące dodatkowe koszty, których Polcarg w rzeczywistości nie poniesie.

W uzasadnieniu zgłoszenia do postępowania odwoławczego wskazał, iż: „*opłaca się codziennie dowozić próbki biomasy do swego laboratorium w Chorzowie bo osiąga efekt synergii,(..). Efekt synergii kosztowej jest możliwy do osiągnięcia, gdyż laboratorium chorzowskie Polcarg Int. realizuje usługi badania jakości paliw również dla innych podmiotów. (...) Koszt jednostkowy usługi można obniżyć poprzez maksymalizację wolumenu zleceń. I tak, np. koszt czynszu, amortyzacji, zużycia energii, czy robocizny rozłoży się nie tylko na ilość wykonanych próbek dla Elektrowni Połaniec, ale również na innych klientów Polcarg Int. (...). Polcarg Int. obniża*

koszty również poprzez minimalizację czasu niewykorzystanego do efektywnej pracy. Wyliczenia efektywności ekonomicznej przedstawionej przez Odwołującą się są całkowicie pozbawione sensu, bo dotyczą kalkulacji jej własnej pracy. Odwołująca wyliczyła „coś” na podstawie „czegoś”. Może zdaniem Odwołującej się wykonanie 7800 analiz biomasy w ciągu roku tj. ca 32 analiz w ciągu doby to jest 16 próbek w ciągu zmiany, czyli dwie próbki na godzinę musi nieść za sobą takie koszty, jakie wyliczyła. Laboratoria komercyjne w warunkach konkurencji pracują w systemie dwuzmianowym i również w soboty, bo oczekują tego klienci. Im więcej próbek, tym koszt jednostkowy analizy jest niższy. Możliwość wykonania dodatkowych analiz w tym samym czasie to możliwość obniżenia kosztów robocizny, czynszu, energii itp. Tak pracują laboratoria światowych liderów dla których 4000 próbek w miesiącu to norma - z którymi na co dzień Polcargo Int. konkuruje - dla których oplaca się dowozić lub próbki nawet z zagranicy”.

Podczas rozprawy Polcargo International wskazał, iż cena rynkowa wykonania jednej próbki kształtuje się w granicach od 90 – 250 zł, w zależności od kontraktu i ilości próbek, co oznacza iż kwestionowanie zaoferowanej ceny jednostkowej w formularzu cenowym w pozycjach 1-6 jest w wysokości 130 zł za jedną próbkę jest nieuzasadnione.

Izba zw ażyła

Odwołanie nie zasługuje na uwzględnienie.

Dokonując oceny zarzutów podniesionych w odwołaniu, Izba stwierdziła, że zarzut w zakresie naruszenia przez Zamawiającego przepisu art. 90 ust. 1 Pzp z uwagi na zaniechanie wezwania wykonawcy Polcargo International Sp. z o.o. do udzielenia wyjaśnień, w tym złożenia dowodów, dotyczących wyliczenia istotnych części składowych ceny, w sytuacji kiedy wydają się one rażąco niskie lub budzą wątpliwości zamawiającego co do możliwości wykonania przedmiotu zamówienia zgodnie z wymaganiami zamawiającego, nie potwierdził się.

Działania podjęte przez zamawiającego, który nie wezwał wykonawcy do wyjaśnienia istotnych części składowych ceny, w sytuacji kiedy nie wydawały się one rażąco niskie oraz nie budziły jego wątpliwości co do możliwości wykonania przedmiotu zamówienia zgodnie z wymaganiami określonymi przez zamawiającego, nie noszą znamion naruszenia art. 90 ust. 1 ustawy pzp.

Zgodnie z art. 190 ust. 1 Pzp. strony i uczestnicy postępowania odwoławczego są obowiązani wskazać dowody dla stwierdzenia faktów, z których wywodzą skutki prawne. Dowody na poparcie swoich twierdzeń lub odparcie twierdzeń strony przeciwnej strony i uczestnicy postępowania odwoławczego mogą przedstawiać aż do zamknięcia rozprawy.

W ocenie Izby Odwołujący nie wykazał, że Zamawiający powinien był powziąć wątpliwość co do tego, że istotne części składowe ceny wydają się rażąco niskie lub powinny budzić wątpliwości zamawiającego co do możliwości wykonania przedmiotu zamówienia zgodnie z wytycznymi zawartymi w postanowieniach SWIZ W przedłożonych wyliczeniach ceny oferty wykonawcy Polcargo International Sp. z o.o. oparł się na błędnych założeniach dotyczących transportu próbek do laboratorium znajdującego się w Szczecinie, a nie w Chorzowie, gdzie będą one podlegały badaniom. Błędne założenia przełożyło się na opracowaną przez Odwołującego kalkulację, zakładającą większe koszty w zakresie transportu próbek do laboratorium.

Z treści przepisu art. 90 ust. 1 Pzp wynika jasno, że dyspozycja tego przepisu jest skierowana wyłącznie do Zamawiającego, który dokonuje badania ofert, pod kątem różnych aspektów postępowania, w tym. m. in. ocenia realność zaoferowanych przez wykonawców cen, w kontekście wymagań, odnoszących się do przedmiotu zamówienia. Zatem Zamawiający jest zobowiązany do przeprowadzenia procedury wyjaśniającej, opisanej w art. 90 ust. 1 Pzp wyłącznie w sytuacji, gdy zaoferowana cena lub koszt, lub ich istotne części składowe, wydają się rażąco niskie w stosunku do przedmiotu zamówienia i budzą wątpliwości Zamawiającego co do możliwości wykonania przedmiotu zamówienia zgodnie z wymaganiami określonymi przez Zamawiającego. Wobec tego stwierdzić należy, iż w celu skorzystania z możliwości zastosowania ww. przepisu konieczne jest wystąpienie uzasadnionych wątpliwości po stronie Zamawiającego. Obowiązek żądania wyjaśnień jest w pełni zależny od Zamawiającego i występuje w przypadku, gdy Zamawiający oceniając oferty wykonawców poweźmie wątpliwości co do ceny całej oferty lub kosztu oferty, lub ich istotnych części składowych.

W toku rozprawy zamawiający potwierdził, iż takich wątpliwości nie powziął, a łączna wartość oferty nie spełniała przesłanek skutkujących koniecznością wezwania wykonawcy do złożenia wyjaśnień w zakresie rażąco niskiej ceny.

W ocenie Izby, nie potwierdził się również zarzut naruszenia art. 89 ust. 1 pkt 4) ustawy Pzp poprzez zaniechanie odrzucenia oferty zawierającej rażąco niską cenę. Zarzut naruszenie art. 89 ust. 1 pkt 4 ustawy Pzp jest w tym wypadku przedwczesny, bowiem zgodnie z utrwaloną linią orzecniczą nie można odrzucić oferty na tej podstawie prawnej, gdy nie ma przeprowadzonej procedury z art. 90 ust. 1 ustawy. Według wyroku KIO 2200/15 z dnia z dnia 21 października 2015 r. „*Podkreślić bowiem należy, że każda czynność Zamawiającego związana z ewentualnym odrzuceniem oferty wykonawcy z powodu rażąco niskiej ceny, uwzględniając w tym zakresie zarówno przepisy prawa (art. 89 ust. 1 pkt 4 oraz art. 90 ust. 1-3 ustawy Pzp), orzecznictwo KIO, sądów okręgowych, jak też TSUE, powinna być poprzedzona przeprowadzeniem przez niego procedury weryfikacji ceny ofertowej przez złożenie wyjaśnień przez wykonawcę. Nadal pozostaje aktualne stanowisko przedstawione w wyroku Sądu Okręgowego w Krakowie z 8 kwietnia 2009 roku, sygn. akt XII Ga 59/09 w którym czytamy: Skorzystanie z określonej w art. 89 ust. 1 pkt 4 p.z.p. sankcji musi zostać poprzedzone żądaniem wyjaśnień od oferenta w trybie art. 90 p.z.p.*”.

Ponadto, Izba wskazuje iż zgodnie z utrwaloną linią orzecniczą Krajowej Izby Odwoławczej ceną rażąco niską w stosunku do przedmiotu zamówienia jest cena nierealistyczna, nieadekwatna do zakresu i kosztów prac składających się na dany przedmiot zamówienia, zakładająca wykonanie zamówienia poniżej jego rzeczywistych kosztów i w takim sensie nie jest ceną rynkową, tzn. generalnie niewystępującą na rynku, na którym ceny wyznaczane są m.in. poprzez ogólną sytuację gospodarczą panującą w danej branży i jej otoczeniu biznesowym, postęp technologiczno- organizacyjny oraz obecność i funkcjonowanie uczciwej konkurencji podmiotów racjonalnie na nim działających.

Odwołujący nie kwestionował możliwości wykonania przedmiotu zamówienia za łączną cenę wskazaną w ofercie wykonawcy Polcargo International Sp. z o.o. zatem nie można uznać, że w okolicznościach niniejszej sprawy wystąpiły przesłanki pozwalające na odrzucenie oferty Odwołującego na podstawie art. 89 ust. 1 pkt 4) ustawy Pzp. Nie jest bowiem dopuszczalne uznanie ceny oferty za rażąco niską z powodu zakwestionowania kilku elementów cenotwórczych składającego się na tę cenę, jeśli nie zostało wykazane, że wartość tych elementów jest tak duża, iż ich zaniżenie powoduje rażąco niski charakter ceny

całej oferty. To, że Zamawiający (jeśli poweźmie wątpliwość) ma prawo wyjaśniać istotne elementy składowe ceny, nie oznacza że ceny jednostkowe są podstawą odrzucenia całej oferty, jako rażąco niskiej, jeśli ich wysokość nie wpływa na całościową cenę oferty, w kontekście rażąco niskiej ceny. Przesłanka rażąco niskiej ceny musi zostać wypełniona w stosunku do ostatecznej, całościowej ceny oferty, a taka w przedmiotowej sprawie nie wystąpiła.

Z okoliczności sprawy wynika, że Wykonawca złożył ofertę której cena nie podlega obowiązkowemu wyjaśnieniu wskazanemu w art. 90 ust. 1 pkt 1a Pzp jako rażąco niska, ponadto zawiera wycenę wszystkich kosztów niezbędnych do realizacji zamówienia, zgodnie z wymaganiami SIWZ. Wszelkie przyjęte założenia Wykonawcy związane z kalkulacją kosztów oraz zamierzonym sposobem wykonania zamówienia przekładają się na zaoferowaną cenę.

Tym samym w rozpoznawanej sprawie nie zaszyły okoliczności obligujące zamawiającego do wszczęcia postępowania wyjaśniającego w zakresie ceny oferty Polcargo International Sp. z o.o. Zarzut naruszenia przez zamawiającego art. 89 ust. 1 pkt 4) ustawy Pzp Izba uznała za nieuzasadniony.

Podsumowując, Izba stanęła na stanowisku, że nie potwierdził się zarzut naruszenia przez Zamawiającego art. 90 ust. 1 Pzp, przez zaniechanie wezwania wykonawcy do złożenia wyjaśnień w zakresie występowania w jego ofercie istotnych części składowych ceny jako rażąco niskich lub budzących wątpliwości zamawiającego co do możliwości wykonania zamówienia zgodnie z wymaganiami określonymi przez zamawiającego. Izba nie stwierdziła również naruszenia art. 89 ust. 1 pkt 4 Pzp, przez zaniechanie odrzucenia oferty wykonawcy Polcargo International Sp. z o.o. jako oferty zawierającej rażąco niską cenę. Tym samym za bezpodstawny należało uznać także zarzut naruszenia przez Zamawiającego art. 7 ust. 1 Pzp przez przeprowadzanie postępowania o udzielenie zamówienia, w sposób niezapewniający zachowania uczciwej konkurencji i równego traktowania wykonawców.

Zarzutu podniesionego dopiero podczas rozprawy, dotyczącego naruszenia art. 89 ust. 1 pkt 2 ustawy Pzp poprzez wybór wykonawcy, którego oferta nie odpowiada treści SIWZ, z uwagi na niespełnienie wymogów dla certyfikacji laboratorium, Izba nie rozpoznała, z uwagi na dyspozycje art. 192 ust. 7 ustawy Pzp, zgodnie z którym Izba nie może orzekać co do zarzutów, które nie były zawarte w odwołaniu.

Biorąc pod uwagę stan rzeczy ustalony w toku postępowania, Izba orzekła, jak w sentencji, na podstawie art. 192 ust. 1 Pzp.

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

.....
.....
.....