

WYROK

z dnia 4 sierpnia 2020 r.

Krajowa Izba Odwoławcza - w składzie:

Przewodniczący: Emil Kuriata

Protokolant: Konrad Wyrzykowski

po rozpoznaniu na rozprawie w dniu 31 lipca 2020 r., w Warszawie, odwołania wniesionego do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej w dniu 22 czerwca 2020 r. przez wykonawcę A. Z. prowadzący działalność gospodarczą pod firmą: ART-REM Z. A., Zgłobień 522; 36-046 Zgłobień, w postępowaniu prowadzonym przez zamawiającego Rzeszowska Agencja Rozwoju Regionalnego S.A., ul. Szopena 51; 35-959 Rzeszów,

orzeka:

1. Oddala odwołanie.

2. Kosztami postępowania obciąża wykonawcę A. Z. prowadzący działalność gospodarczą pod firmą: ART-REM Z. A., Zgłobień 522; 36-046 Zgłobień i:

2.1. zalicza w poczet kosztów postępowania odwoławczego kwotę 7 500 zł 00 gr (słownie: siedem tysięcy pięćset złotych zero groszy) uiszczonej przez wykonawcę A. Z. prowadzący działalność gospodarczą pod firmą: ART-REM Z. A., Zgłobień 522; 36-046 Zgłobień, tytułem wpisu od odwołania.

2.2. zasądza od wykonawcy A. Z. prowadzący działalność gospodarczą pod firmą:

ART-REM Z. A., Zgłobień 522; 36-046 Zgłobień na rzecz zamawiającego Rzeszowska Agencja Rozwoju Regionalnego S.A., ul. Szopena 51; 35-959 Rzeszów, kwotę 3 600 zł 00 gr (słownie: trzy tysiące sześćset złotych, zero groszy) stanowiącą koszty postępowania odwoławczego poniesione z tytułu wynagrodzenia pełnomocnika.

Stosownie do art. 198a i 198b ustawy z dnia 29 stycznia 2004 r. - Prawo zamówień publicznych (t.j. Dz. U. z 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 Rzeszowie.

Przewodniczący:
Uzasadnienie

Zamawiający - Rzeszowska Agencja Rozwoju Regionalnego S.A. prowadzi postępowanie o udzielenie zamówienia publicznego, którego przedmiotem jest „Czyszczenie zbiorników retencyjnych ZB1 i ZB2”.

Ogłoszenie o zamówieniu zostało opublikowane w BZP z dnia 27 kwietnia 2020 r., pod nr 528359-N-2020.

Dnia 15 czerwca 2020 roku, zamawiający poinformował wykonawców o wyniku prowadzonego postępowania.

Dnia 22 czerwca 2020 roku wykonawca A. Z. prowadzący działalność gospodarczą pod firmą: ART-REM Z. A. (dalej „Odwołujący”) wniósł odwołanie do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej, wobec czynności i zaniechań zamawiającego polegających na:

-zaniechaniu odrzucenia oferty wykonawcy B. B. prowadzącej działalność gospodarczą pod nazwą: Przedsiębiorstwo Produkcyjno-Usługowo-Handlowe „KILBUD” B. B. (dalej „KILBUD”), mimo że jego oferta zawiera rażąco niską cenę w stosunku do przedmiotu zamówienia oraz mimo że jej treść nie odpowiada treści s.i.w.z.,

-wyborze jako oferty najkorzystniejszej ofert złożonej przez wykonawcę KILBUD. Odwołujący zarzucił zamawiającemu naruszenie:

1.naruszenie art. 92 ust. 1 ustawy Pzp, poprzez niezgodne z prawem dokonanie czynności wyboru jako najkorzystniejszej oferty wykonawcy KILBUD pomimo tego, iż oferta ta winna zostać odrzucona na podstawie art.

89 ust. 1 pkt 4 w związku z art. 90 ust. 3 ustawy Pzp oraz art. 89 ust. 1 pkt 2 ustawy Pzp.

2.naruszenie art. 89 ust. 1 pkt 4 w związku z art. 90 ust. 3 ustawy Pzp, poprzez zaniechanie czynności odrzucenia oferty wykonawcy KILBUD, pomimo tego, iż wykonawca ten nie wykazał, iż zaoferowana przez niego cena nie jest ceną rażąco niską w stosunku do przedmiotu zamówienia.

3.naruszenie art. 89 ust. 1 pkt 2 ustawy Pzp, poprzez zaniechanie odrzucenia oferty wykonawcy KILBUD, mimo że jej treść nie odpowiada s.i.w.z.,

4.naruszenie art. 7 ust. 1 ustawy Pzp, poprzez prowadzenie postępowania w sposób naruszający zasady uczciwej konkurencji i równego traktowania wykonawców ubiegających się o udzielenie zamówienia w związku z wyborem, jako najkorzystniejszej, oferty podlegającej odrzuceniu.

W związku z powyższym odwołujący wniósł o nakazanie zamawiającemu:

1) unieważnienia czynności wyboru oferty najkorzystniejszej.

2) odrzucenia oferty wykonawcy KILBUD na podstawie art. 89 ust. 1 pkt 4 w związku z art. 90 ust. 3 ustawy Pzp oraz art. 89 ust. 1 pkt 2 ustawy Pzp.

Interes odwołującego. Odwołujący wskazał, że zgodnie z Informacją o wyborze najkorzystniejszej oferty, oferta odwołującego jest drugą w kolejności najkorzystniejszą ofertą, po odrzuceniu oferty wykonawcy HR SYSTEM S. S. . W przypadku odrzucenia oferty wykonawcy KILBUD,

to oferta odwołującego zostałaby wybrana jako oferta

najkorzystniejsza, a odwołujący mógłby wykonać zamówienie czerpiąc z tego korzyści (w postaci założonego zysku). W wyniku naruszenia przywołanych powyżej przepisów ustawy Pzp przez zamawiającego, interes odwołującego w uzyskaniu zamówienia doznaje uszczerbku. W skutek zaskarżonych zaniechań i czynności, zamawiający pozbawił odwołującego możliwości uzyskania zamówienia, w sytuacji gdy wobec odrzucenia ofert wykonawcy KILBUD oraz S. S., to oferta odwołującego, winna zostać wybrana jako najkorzystniejsza.

Odwołujący wskazał, iż zamawiający pismem z dnia 22 maja 2020 r., wezwał wykonawcę KILBUD na podstawie art. 90 ust. 1 i ust. 1a pkt 1 ustawy Pzp, do wyjaśnień dotyczących elementów oferty mających wpływ na wysokość ceny zamieszczonej w ofercie złożonej w przedmiotowym postępowaniu. Ponadto zamawiający wezwał wykonawcę do wyjaśnienia, czy wykonawca w złożonej ofercie w przedmiotowym postępowaniu, uwzględnił wszystkie elementy, które mają wpływ na wysokość ceny oferty w zakresie określonym w art. 90 ust. 1 ustawy Pzp, oraz pouczył wykonawcę, że obowiązek wykazania, że oferta nie zawiera rażąco niskiej ceny spoczywa na wykonawcy.

Wykonawca KILBUD, pismem z dnia 25 maja 2020 r., udzielił odpowiedzi na wezwanie.

W ocenie odwołującego, wykonawca KILBUD w niniejszej sprawie nie wykazał, że jego oferta nie zawiera rażąco niskiej ceny.

Odwołujący wskazał, iż wykonawca KILBUD w piśmie z dnia 25 maja 2020 r., złożył wprawdzie zamawiającemu wyjaśnienia dotyczące elementów oferty mające wpływ na wysokość ceny zamieszczonej w ofercie, jednak ich treść (z wyłączeniem wartości wskazanych w tabeli Główne elementy cenotwórcze oferty), jest tak ogólna że może być stosowana w każdym postępowaniu, a co za tym idzie nie można przyjąć, że przedstawiając je, wykonawca zrealizował ciążący na nim obowiązek wykazania, że oferta nie zawiera rażąco niskiej ceny. Wykonawca złożył wyjaśnienia, w których dokonuje m.in. analizy ceny ofert złożonych w tym postępowaniu, oraz wskazuje elementy składowe kosztów w sposób ogólny, nie wyjaśniając, na podstawie jakich założeń zostały opracowane/skalkulowane w odniesieniu do przedmiotowego postępowania. Wykonawca ponadto powołuje się na swoje doświadczenie w realizacji zadań o podobnej charakterystyce oraz kontraktów o dużej skali trudności, a tym samym znajomości kosztów z tym związanych. Przywołuje, jako wyjątkowo sprzyjające warunki wykonania zamówienia, wewnętrzny system zatrudniania, park maszynowy stanowiący jego własność oraz doświadczenie wyniesione z realizacji zbliżonych projektów oraz innych zamówień wykonywanych na rzecz zamawiającego, bez wskazania, jaki wpływ mają na cenę przedmiotu zamówienia. Zdaniem odwołującego przywołana przez wykonawcę okoliczność realizacji innych przedsięwzięć obecnie, jak również w przeszłości nie może stanowić podstawy do uznania, że w przypadku przedmiotowego zamówienia cena zaoferowana przez wykonawcę nie jest rażąco niska.

Odwołujący podniósł, iż wykonawca KILBUD załącza również do pisma z dnia 25 maja 2020 r., dowody w postaci wniosko-polisy FB nr 3271183, aneksu do polisy ubezpieczeniowej, dowodu zapłaty za polisę, zaświadczenia ZUS o

niezaleganiu w opłacaniu składek, oraz zaświadczenie US o niezaleganiu w podatkach, potwierdzając tym samym, że jest świadomy obowiązku ciążącego na wykonawcy przedłożenia dowodów w ramach wyjaśnień, jednocześnie załączając dowody (z wyłączeniem dowodu opłacenia składki ubezpieczeniowej) nieistotne w punktu badania rażąco niskiej ceny. Wykonawca powinien w treści złożonych wyjaśnień udowodnić zamawiającemu, że w realiach konkretnego postępowania przetargowego, mając na uwadze indywidualne uwarunkowania wykonawcy, które muszą zostać wykazane, możliwe jest obniżenie kosztów realizacji zamówienia. Bez takiej analizy, wyjaśnienia wykonawcy pozostają wyłącznie nic nieznaczącymi, ogólnikowymi zapewnieniami o chęci realizacji zamówienia. Tym bardziej, że pozostali wykonawcy, których oferty są prawie dwukrotnie wyższe, również mogą powołać się na przytoczone w wyjaśnieniach z dnia 25 maja 2020 r. okoliczności. Wezwany wykonawca, oprócz odniesienia się do: oszczędności metody wykonania zamówienia, wyjątkowo sprzyjających warunków wykonywania zamówienia, minimalnego wynagrodzenia za pracę, pomocy publicznej, powierzenia wykonania części zamówienia podwykonawcy itd., powinien odnosząc się do wyżej wskazanych elementów z art. 90 ust. 1 ustawy Pzp, ujawnić najważniejsze składniki cenotwórcze. Wyjaśniający zaś tego w żaden sposób nie zrobił, nie wspominając nawet o przedstawieniu jakichkolwiek dowodów na ich potwierdzenie, np. w zakresie kosztów robocizny i sprzętu (który to zakres jest akurat stosunkowo łatwy do udowodnienia). Wykonawca KILBUD w swoich wyjaśnieniach ogólnie powoływał się na nieokreślone stwierdzenia typu: "własne zasoby ludzkie", "własność posiadanego sprzętu", czy zapewnienia posiadanego doświadczenia i wyceny wszystkich aspektów zawartych w s.i.w.z., z których nie wynikają żadne konkretne informacje w zakresie kształtowania ceny. Z całą pewnością nie można ich uznać za wystarczające, a w szczególności za dowody, potwierdzające, że oferowana cena została skalkulowana w sposób prawidłowy. Wykonawca ponadto, w złożonych wyjaśnieniach, w żaden sposób nie wykazał, że istnieją szczególne warunki, które pozwalają na zaoferowanie ceny, która jest znacząco niższa (prawie o 70 %) od kwoty, którą zamawiający zamierza przeznaczyć na sfinansowanie zamówienia, oraz jest niższa od kwot zaoferowanych przez innych wykonawców ubiegających się o udzielenie przedmiotowego zamówienia publicznego.

Odwołujący podnosi, że w piśmie z dnia 25 maja 2020 r. wykonawca KILBUD nie udowodnił, a nawet nie uprawdopodobnił, kosztów składających się na cenę oferty. Tym samym oferta wykonawcy KILBUD winna zostać odrzucona z przedmiotowego postępowania, na podstawie art. 89 ust 1 pkt 4 ustawy.

Odwołujący, po analizie wyjaśnień wykonawcy KILBUD, wskazał ponadto, że główną przyczyną zaoferowania przez wykonawcę tak niskiej ceny jest brak ujęcia w cenie oferty najbardziej cenotwórczego elementu jakim są koszty unieszkodliwienia i utylizacji odpadów powstałych w trakcie wykonywania zamówienia. Zamawiający w Opisie Przedmiotu Zamówienia (OPZ) wskazuje, że zbiorniki mogą zawierać w szczególności odpady, tj. naniesiony materiał zanieczyszczający w postaci piasku, namułu, błota, szlamu, liści, gałęzi, itp. Odwołujący szacuje te koszty na kwotę co najmniej 20 000 zł, przy założeniu dodatkowej rezerwy ze względu na możliwość występowania innych odpadów niż wymienione przez zamawiającego. Wykonawca KILBUD w tabeli Główne elementy cenotwórcze podaje wszelkie koszty przyjęte przez niego do wyceny, które składają się na całkowitą cenę oferty. Najbardziej cenotwórczym elementem wyceny oferty wykonawcy okazuje się koszt robocizny i sprzętu, stanowiący ponad 64 % ceny ofertowej, próżno jednak szukać kosztów unieszkodliwienia i utylizacji odpadów.

W nawiązaniu do zarzutów dotyczących braku uwzględnienia w cenie oferty kosztów unieszkodliwienia i utylizacji odpadów powstałych w trakcie wykonywania zamówienia, odwołujący wskazał, iż powyższe stanowi jednocześnie o niezgodności jej treści z treścią s.i.w.z. Zgodnie z OPZ, stanowiącym załącznik nr 1 do s.i.w.z., do obowiązków wykonawcy realizującego usługę należy w szczególności unieszkodliwienie i utylizacja odpadów zgodnie z warunkami i decyzjami wydanymi przez odpowiednie władze ochrony środowiska. Opis przedmiotu zamówienia wskazuje na wykonawcę jako wytwórcę odpadów powstałych w trakcie wykonywania usługi czyszczenia i konserwacji zbiorników tam określonych. Wykonawca został zobowiązany postępować zgodnie z przepisami prawa, w tym zgodnie z ustawą z dnia 14 grudnia 2012 r. o odpadach oraz przepisami wykonawczymi do tej ustawy. Uwzględniając skład fizyko-chemiczny osadów ze zbiorników, wykonawca zobowiązany został nadać, po uzgodnieniu z zamawiającym, kod odpadu dla usuwanych osadów. Wykonawca jest zobowiązany z powstałymi odpadami postępować zgodnie z przepisami prawa, w tym ustawą o odpadach oraz przepisami wykonawczymi do tej ustawy. Powyższe zostało określone również w § 1 wzoru umowy, oraz pkt III.3. s.i.w.z.

Pomimo powyższego, wykonawca KILBUD nie uwzględnił w cenie oferty kosztów unieszkodliwienia i utylizacji

odpadów powstałych w trakcie wykonywania zamówienia, co zostało wskazane w pkt 1 uzasadnienia odwołania.

Odwołujący wskazał, że zamawiający jest zobowiązany wymagać w ramach badania rażąco niskiej ceny wyjaśnień pełnych i obiektywnych, potwierdzonych dowodami dotyczącymi sposobu kalkulacji ceny oferty. Powołując się na okoliczności wskazane w pkt 1 uzasadnienia odwołujący wskazał, że zamawiający nie może opierać się w tym zakresie wyłącznie na własnej wiedzy. Zgodnie z art. 90 ust. 2 ustawy Pzp, obowiązek wykazania, że oferta nie zawiera rażąco niskiej ceny, spoczywa wyłącznie na wykonawcy. Zamawiający nie może zwolnić wykonawcy z tego obowiązku z tego względu, że wykonawca realizuje bądź realizował na jego rzecz umowy z pozytywnym skutkiem. Takie działanie stanowi naruszenie elementarnych zasad obowiązujących w postępowaniu o udzielenie zamówienia publicznego, w tym w szczególności zasady zachowania w postępowaniu uczciwej konkurencji i równego traktowania wykonawców, a także zasady jawności i przejrzystości postępowania o udzielenie zamówienia publicznego. Odwołujący podniósł, że zamawiający przeprowadzając przedmiotowe postępowanie, w sposób rażąco naruszył podstawową zasadę udzielania zamówień publicznych wynikającą z przepisu art. 7 ustawy Pzp, tj. zasadę uczciwej konkurencji i równego traktowania wykonawców. Brak dogłębnego wyjaśnienia i analizy okoliczności, wskazanych w treści odwołania wskazują, iż zamawiający w sposób bezpośredni naruszył zasadę uczciwej konkurencji. Odwołujący pomimo wieloletniego doświadczenia w zakresie będącym przedmiotem niniejszego zamówienia, nie mógł w sposób uczciwy konkurować z wykonawcą, którego oferta w niniejszym postępowaniu, a dokładnie oświadczenia i dokumenty w niej złożone, zostały w sposób właściwy i jednoznaczny podważone przez odwołującego. Niemniej jednak to właśnie oferta tego wykonawcy, pomimo wykazanej niezgodności jej treści z s.i.w.z., jak również rażąco niskiej ceny, została uznana jako najkorzystniejsza.

Zamawiający złożył pisemną odpowiedź na odwołanie, w której wniósł o oddalenie odwołania.

Izba ustaliła i zważyła, co następuje.

Izba stwierdziła, że nie zachodzą przesłanki do odrzucenia odwołania, o których stanowi przepis art. 189 ust. 2 ustawy - Prawo zamówień publicznych.

Zamawiający prowadzi postępowanie o udzielenie zamówienia publicznego z zastosowaniem przepisów ustawy Prawo zamówień publicznych wymaganych przy procedurze, której wartość szacunkowa zamówienia nie przekracza kwot określonych w przepisach wydanych na podstawie art. 11 ust. 8 ustawy Prawo zamówień publicznych.

Krajowa Izba Odwoławcza stwierdziła, że odwołujący posiada interes w uzyskaniu przedmiotowego zamówienia, kwalifikowanego możliwością poniesienia szkody w wyniku naruszenia przez zamawiającego przepisów ustawy, o których mowa w art. 179 ust. 1 ustawy - Prawo zamówień publicznych, co uprawniało go do złożenia odwołania.

Uwzględniając dokumentację z przedmiotowego postępowania o udzielenie zamówienia publicznego, jak również biorąc pod uwagę oświadczenia i stanowiska stron, złożone w pismach procesowych, jak też podczas rozprawy Izba stwierdziła, iż odwołanie nie zasługuje na uwzględnienie.

W ocenie Krajowej Izby Odwoławczej zarzuty odwołującego są bezzasadne.

Izba w całości podziela argumentację prezentowaną przez zamawiającego, dodatkowo wskazując, co następuje.

Zamawiający, pismem z dnia 22 maja 2020 roku, wezwał wykonawcę KILBUD do złożenia wyjaśnień, powołując się na przepisy art. 90 ust. 1 i ust. 1a pkt 1 ustawy Pzp, w celu ustalenia, czy złożona przez tego wykonawcę oferta zawiera rażąco niską cenę w stosunku do przedmiotu zamówienia.

Wykonawca KILBUD, pismem z dnia 25 maja 2020 roku, złożył zamawiającemu stosowne wyjaśnienia, które w ocenie Izby, wyczerpują dyspozycję przepisu art. 90 ust. 2 ustawy Pzp, tym samym brak było podstaw do stwierdzenia, iż oferta wykonawcy KILBUD, zawiera rażąco niską cenę, a wykonawca nie udzielił wyczerpujących i jednoznacznych wyjaśnień (art. 89 ust. 1 pkt 4 w zw. z art. 90 ust. 3 ustawy Pzp).

Za przyjęciem powyższego stanowiska, przemawiają następujące argumenty.

Na wstępie podnieść należy, iż każde postępowanie odwoławcze należy traktować indywidualnie, mając na względzie określony w danej sprawie stan faktyczny sprawy, który w każdej sprawie musi być traktowany odrębnie, przy uwzględnieniu okoliczności przypisanych danej sprawie. W szczególności podnieść należy, iż każde postępowanie

odwoławcze charakteryzuje się odrębnością procesową, w ramach której, każdorazowo ustalony przez Izbę stan faktyczny sprawy różni się na tyle, że nie sposób przypisywać prawidłowości innych rozstrzygnięć Izby, do sytuacji w konkretnie rozpoznawanej sprawie. Odmienność innych postępowań uzależniona jest bowiem od wielu czynników, które mają wpływ na ostateczny wynik danego postępowania. Izba nie przytacza przykładowych odmienności, albowiem ich wielość i zróżnicowanie, zdeterminowane jest przez określony stan faktyczny danej sprawy.

Biorąc powyższe pod uwagę wskazać należy, iż przedmiotowe postępowanie jest postępowaniem o małej wartości i dotyczy czynności do wykonania, w miarę prostych dla profesjonalnych uczestników tego rynku. Dlatego też ocena złożonych przez wykonawcę KILBUD wyjaśnień, musi uwzględniać wszystkie te aspekty, które obejmują przedmiot zamówienia, znajomość rynku oraz profesjonalizację podmiotów, którzy złożyli oferty w tym postępowaniu.

Przechodząc zaś do oceny złożonych przez wykonawcę KILBUD wyjaśnień, wskazać należy, iż odpowiadają one sytuacji przypisywanej temu zamówieniu w powiązaniu z indywidualną sytuacją podmiotu, który ubiega się o przedmiotowe zamówienie. Wykonawca KILBUD, składając oceniane przez Izbę wyjaśnienia, podał, że zatrudnia wykwalifikowaną kadrę kierowniczą oraz pracowników o długoletnim doświadczeniu przy realizacji tego typu robót, co zapewnia sprawną realizację robót, do robót nie wymagających kwalifikacji zatrudnia pracowników miejscowych, nie korzysta z przewoźnych zapleczy budowy, wykorzystuje tanie, lokalne zasoby przez co obniża koszty ogólne budowy. Jednocześnie zauważył, iż od siedziby firmy na teren budowy jest około 10-12 km, a więc brak jest potrzeby organizowania zaplecza budowy, a realizując wszelkie zadania stara się o jak najlepszą organizację pracy, tak więc praca odbywa się w zespołach trzyosobowych, co pozwala na większą efektywność pracy. Ponadto wykonawca KILBUD wyjaśnił, iż posiada własny sprzęt do robót ziemnych i montażowych budowlanych oraz podstawowe jednostki transportowe. Podał, że na wyposażeniu ma wystarczającą ilość przestawnych szalunków do umocnienia ścian wykopów, agregatów odwadniających, oraz inne niezbędne sprzęty. Wszystkie sprzęty stanowią własność wykonawcy i są w pełni spłacone, co pozwala skutecznie obniżyć koszty sprzętu, po czym przedstawił wykaz posiadanego sprzętu. Dalej wykonawca KILBUD wyjaśnił, że koszty pracy przyjęte do ustalenia ceny oferty nie są niższe od minimalnego wynagrodzenia za pracę. Średnia kwota wynagrodzenia w firmie jest wyższa niż ustalona przez ustawodawcę, a firma nie posiada żadnych zaległości wobec ZUS, US na potwierdzenie czego załączył zaświadczenia z ZUS i US. Firma jest ubezpieczona od odpowiedzialności cywilnej w profilu swojej działalności, a wszyscy zatrudnieni pracownicy otrzymują komplet świadczeń wynikający z Kodeksu Pracy jak i z przepisów BHP i są zatrudnieni w oparciu o umowę o pracę. Ponadto wykonawca potwierdził, że dokonał wyceny oferty, zgodnie z OPZ, przedstawił swoje doświadczenie w dotychczas realizowanych kontraktach oraz tabelarycznie dokonał wyliczenia głównych elementów cenotwórczych oferty.

Wymienione wyżej elementy wyjaśnień wpisują się w przykładowo podane przez ustawodawcę w przepisie art. 90 ust. 1 ustawy Pzp, indywidualne warunki sprzyjające wykonywaniu zamówienia, dostępne temu wykonawcy.

Izba nie zgadza się ze stanowiskiem odwołującego, że oferta wykonawcy KILBUD, jej treść, jest sprzeczna z treścią specyfikacji istotnych warunków zamówienia, albowiem wykonawca ten nie ujął w cenie oferty kosztów unieszkodliwiania i utylizacji odpadów powstałych w trakcie realizacji zamówienia.

Odwołujący miał możliwość, na etapie przed składaniem ofert, dokonania wizji lokalnej przedmiotu zamówienia (pkt 11 OPZ), jednakże tej czynności zaniechał, stąd być może brak wiedzy o rodzajach odpadów, które mogą znajdować się w zbiornikach, a co za tym idzie nie mógł w sposób jednoznaczny stwierdzić, że wymagają one utylizacji. Zarzut jest niczym nieuzasadniony, oferta wykonawcy podlegałaby odrzuceniu jedynie jeżeli wynagrodzenie miałoby charakter kosztorysowy, utylizacja byłaby z góry konieczna a wykonawca nie ująłby tej pozycji z kosztorysu w swojej cenie. Takiej sytuacji jednak nie było, wykonawca w formularzu ofertowym oświadczył, że zapoznał się z s.i.w.z. i załącznikami i nie wnosi do nich zastrzeżeń, włącznie z projektem umowy, który w §5 ust 2 stanowi, że wynagrodzenie jest wynagrodzeniem ryczałtowym i obejmuje wszelkie koszty niezbędne do wykonania umowy. Ponadto, jak to wynika z dowodu złożonego przez zamawiającego (który Izba dopuściła), tj. pisma z Urzędu Marszałkowskiego Województwa Podkarpackiego z dnia 28 lipca 2020 r. z informacją dotyczącą zakwalifikowania odpadu powstałego po czyszczeniu przedmiotowych zbiorników - na okoliczność wykazania błędnego stanowiska odwołującego odnoszącego się do konieczności wliczenia w koszty realizacji przedmiotu zamówienia utylizacji urobku w charakterze i wysokości opisanej przez odwołującego, podczas czyszczenia dna i skarp zbiorników retencyjnych może powstać odpad o kodzie 170504, a

z aktów prawnych przytoczonych przez Urząd wynika, że może być on odzyskany poza instalacjami lub urządzeniami, co oznacza możliwość jego dalszego wykorzystania do innych prac, np. przy budowie, wyrównaniu terenu lub w innych sytuacjach.

Izba oddaliła wszystkie dowody zgłoszone przez odwołującego niedotyczące przedmiotowego postępowania, tj. pismo z dnia 30 maja 2020 r. do RARR S.A., odpowiedź RARR z dnia 4 czerwca 2020 r., pismo z dnia 15 czerwca 2020 r. do RARR S.A., pismo z dnia 15 czerwca 2020 r. do Pani E. J. - Przewodniczącej Rady Nadzorczej RARR S.A. wraz z załącznikami w formie zdjęć (5 szt.), pismo z dnia 15 czerwca 2020 r. do W. O. - Marszałka Województwa Podkarpackiego wraz z załącznikami w formie zdjęć (5 szt.), stwierdzając, iż są one bez znaczenia do rozstrzygnięcia sprawy.

Na rozprawie odwołujący złożył dodatkowe dowody, tj.:

- Dowód nr 1, tj. Ekologiczne zagadnienia odwodnienia pasa drogowego - sporządzone przez Zespół powołany na zlecenie Generalnej Dyrekcji Dróg i Autostrad, na okoliczność źródeł zanieczyszczeń zbiorników retencyjnych będących przedmiotem zamówienia, jak również zanieczyszczeń, które mogą się w nich znajdować, a odpowiadają kodowi 190899, który wskazał w opinii biegły, który stanowi dowód nr 2.
- Dowód nr 2 - opinia biegłego - p. mgr. Inż. M. K. wpisanego na listę biegłych przy prezesie SO w Rzeszowie wraz ze streszczeniem tej opinii na okoliczność kodu, który powinny posiadać osady zbiorników opadowych jak również postępowania z odpadami powstałymi w zbiornikach retencyjnych.
- Dowód nr 3 - oferty handlowe - na badania fizykochemiczne oraz utylizację odpadów
Okodzie 190899 na okoliczność kosztów utylizacji odpadów o tym kodzie oraz wysokości kosztów badań fizykochemicznych.
- Dowód nr 4 - zdjęcia zbiorników, które są przedmiotem zamówienia - na okoliczność odpadów, jakie w nich się znajdują, Odwołujący poświadcza, że wykonał je w dniu wczorajszym. Oświadcza, również, że roślinność ta powstała post factum ujawnienia wykonywania prac przez KILBUD w dniu 29.05.2020r.
- Dowód nr 5 - kalkulacja własna wykonawcy - na okoliczność ilości odpadów, jakie należy utylizować i kosztów związanych z tą utylizacją wskazując, iż koszt ten będzie wynosił około 31 000 złotych. W tym przypadku zwraca uwagę, że kalkulacja ta nie dotyczy sytuacji, w której w wyniku badań zostanie stwierdzone, że konieczna jest utylizacja odpadów niebezpiecznych.
- Dowód nr 6 - zdjęcie zbiornika ZB2 - wykonane w dniu 29.05.2020 r. na okoliczność, iż wykonawca KILBUD, zdaniem Odwołującego, w sposób nieuprawniony wykonywał prace objęte tym przedmiotem zamówienia i niezgodnie ze sztuką wykonania
1) przepisami ochrony środowiska.

Oceniając przedłożone dowody, Izba stwierdziła, iż dowody nr 1, 2 i 3 - dotyczą *de facto* opisu przedmiotu zamówienia, albowiem dotyczą kodów odpadów, które w ocenie odwołującego winny być zastosowane w przedmiotowym postępowaniu, dlatego też Izba stwierdziła, że są one dowodami spóźnionymi, nie mającymi wpływu na ocenę bieżącego stanu faktycznego sprawy - dowody bez znaczenia dla rozstrzygnięcia odwołania. Dowód nr 4 - zdjęcia zbiorników nie przedstawiają okoliczności na dzień składania ofert, tym samym są bez znaczenia dla rozstrzygnięcia odwołania. Dowód nr 5 - kalkulacja własna odwołującego, stanowi jedynie stanowisko strony w zakresie jakie może ponieść koszty utylizacji odpadów - bez znaczenia dla rozstrzygnięcia odwołania, albowiem dotyczy jedynie szacunków odwołującego. Dowód nr 6 - przedstawia zdjęcie zbiornika z koparką, z dowodu tego nie wynikają okoliczności powoływane przez odwołującego, w szczególności nie wynika, że wykonawca KILBUD w sposób nieuprawniony wykonywał pracę na tym zbiorniku, tym bardziej, że zamawiający wskazał, że prace były wykonywane na jego zlecenie (udrożnienie przepustów w trybie awaryjnym), oraz że były wykonywane w sposób niezgodny ze sztuką i przepisami - dowód nieprzydatny do rozstrzygnięcia odwołania.

Reasumując, Izba stwierdziła, że nie potwierdził się żaden ze stawianych w odwołaniu zarzutów. Postępowanie prowadzone przez zamawiającego nie naruszało zasad wynikających z przepisu art. 7 ust. 1 ustawy Pzp, oferta wykonawcy KILBUD nie zawiera rażąco niskiej ceny, a wyjaśnienia wykonawcy odpowiadają przepisom ustawy Pzp (art. 89 ust. 1 pkt 4 w zw. z art. 90 ust. 3 ustawy Pzp) oraz oferta wykonawcy jest zgodna z treścią s.i.w.z. (art. 89 ust. 1 pkt 2

ustawy Pzp).

Biorąc pod uwagę powyższe, orzeczono jak w sentencji.

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 rozporządzenia Prezesa Rady Ministrów z dnia 15 marca 2010 r. w sprawie wysokości wpisu od odwołania oraz rodzajów kosztów w postępowaniu odwoławczym i sposobu ich rozliczania (Dz. U. 2018, poz. 972), uwzględniając koszty poniesione przez zamawiającego związane z wynagrodzeniem pełnomocnika (3 600,00 zł).

Przewodniczący: