

WYROK
z dnia 22 marca 2021 r.

Krajowa Izba Odwoławcza - w składzie:

Przewodniczący: Magdalena Rams
Protokolant: Łukasz Listkiewicz

po rozpoznaniu na rozprawie w dniu 19 marca 2021 r. w Warszawie odwołania wniesionego do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej w dniu 15 lutego 2021 r. przez wykonawcę **Przedsiębiorstwo Usługowo-Handlowe "SUPONEKS" S. B.Ł. s.c., ul. Adama Asnyka 2, 15-709 Białystok**,

w postępowaniu prowadzonym przez zamawiającego **"Pro-Medica" w Elku Sp. z o.o., z siedzibą w Elku**, przy udziale wykonawcy **Zakład Elektroniki SUWAR S. Sp. J., ul. 1 Maja 24, 16-400 Suwałki** zgłaszającego przystąpienie do postępowania odwoławczego po stronie zamawiającego,

orzeka:

1. uwzględnić odwołanie w zakresie naruszenia art. 87 ust 1 ustawy Pzp i nakazuje zamawiającemu: (i) unieważnienie czynności wyboru oferty najkorzystniejszej; (ii) wezwanie wykonawcy Zakładu Elektroniki SUWAR S. Sp. J. w trybie art. 87 ust. 1 ustawy Pzp do złożenia wyjaśnień w zakresie zgodności wyceny pozycji 32 kosztorysu z wymaganiami zawartymi w SIWZ; (iii) powtórzenie czynności badania i oceny ofert.
2. W pozostałym zakresie oddala odwołanie.
3. Kosztami postępowania obciąża zamawiającego **"Pro-Medica" w Elku Sp. z o.o., z siedzibą w Elku w części 1/2 i wykonawcę Przedsiębiorstwo Usługowo-Handlowe "SUPONEKS" S. i B.Ł. s.c., ul. Adama Asnyka 2, 15-709 Białystok w części 1/2 i:**
 - 3.1. zalicza w poczet kosztów postępowania odwoławczego kwotę **10 000 zł 00 gr** (słownie: dziesięć tysięcy złotych zero groszy) uiszczoną przez wykonawcę **Przedsiębiorstwo Usługowo-Handlowe "SUPONEKS" S. B.Ł. s.c., ul. Adama Asnyka 2, 15-709 Białystok** tytułem wpisu od odwołania;
 - 3.2. zasądza od zamawiającego **"Pro-Medica" w Elku Sp. z o.o., z siedzibą w Elku** na rzecz wykonawcy **Przedsiębiorstwa Usługowo-Handlowego "SUPONEKS" S. i B.Ł. s.c., ul. Adama Asnyka 2, 15-709 Białystok** kwotę **4.953 zł 86 gr** (słownie: cztery tysiące dziewięćset pięćdziesiąt trzy złote osiemdziesiąt sześć groszy).

Stosownie do art. 579 i 580 ustawy z dnia 11 września 2019 r. - Prawo zamówień publicznych (Dz. U. z 2019 r. poz. 1919 ze zm.) w zw. z art. 92 ust. 2 ustawy z dnia 11 września 2019 r. - Przepisy wprowadzające ustawę - Prawo zamówień publicznych (Dz. U. z 2019 r. poz. 2020) na niniejszy wyrok - w terminie 14 dni od dnia jego doręczenia - przysługuje skarga za pośrednictwem Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej do Sądu Okręgowego w **Warszawie**.

Przewodniczący:

Sygn. akt: KIO 488/21

UZASADNIENIE

W dniu 15 lutego 2021 r. do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej wpłynęło odwołanie wykonawcy Przedsiębiorstwo Usługowo-Handlowe „SUPONEKS” S. i B.Ł. s.c. (dalej **Odwołujący**) zarzucając zamawiającemu „Pro-Medica” w Elku sp. z o.o. (dalej **Zamawiający**) naruszenie w postępowaniu o udzielenie zamówienia publicznego pn. „Wykonanie robót budowlanych polegających na wykonaniu Systemu Sygnalizacji Pożaru wraz z podłączeniem istniejących klap przeciwpożarowych w bloku 1C oraz montażu i podłączeniu nowej centrali alarmowej i konsoli sterującej w budynku Szpitala „Pro-Medica” w Elku Sp. z o.o. przy ul. Baranki 24 w Elku”:

- 1) art. 89 ust. 1 pkt 2 w zw. z art. 7 ust. 1 i ust. 3 ustawy Prawo zamówień publicznych poprzez zaniechanie odrzucenia oferty złożonej przez wykonawcę Zakład Elektroniki SUWAR S. sp. j., pomimo iż jej treść nie odpowiada treści specyfikacji istotnych warunków zamówienia, a mianowicie jest sprzeczna z pkt IV ust SIWZ w zakresie w jakim nie gwarantuje utylizacji izotopowych czujek dymu zgodnie z ustawą z dnia 29 listopada 2000 r. Prawo atomowe (t.j. Dz. U. 2019.1792 - dalej jako: „Prawo atomowe”);
 - 2) art. 87 ust. 1 oraz art. 90 ust. 1 w zw. z art. 89 ust. 1 pkt 4 w zw. z art. 7 ust. 1 i ust. 3 poprzez wezwanie wykonawcy Zakładu Elektroniki SUWAR S. sp. j. do wyjaśnień co do rażąco niskiej ceny zaoferowanej za utylizację promieniotwórczych czujek izotopowych w trybie art. 87 ust. 1, a nie w trybie art. 90 ust. 1 oraz brak zażądania dowodów potwierdzających, że wykonawca jest w stanie zutylizować izotopowe czujki dymu w cennie 100 zł/szt., co w konsekwencji doprowadziło do braku przedstawienia dowodów potwierdzających zagwarantowanie utylizacji izotopowych czujek dymu zgodnie z ustawą z dnia 29 listopada 2000 r. Prawo atomowe;
 - 3) art. 89 ust. 1 pkt 4 oraz art. 90 ust. 3 w zw. z art. 7 ust. 1 i ust. 3 uchylonej ustawy pzp poprzez zaniechanie odrzucenia oferty wykonawcy Zakładu Elektroniki SUWAR S. sp. j., pomimo iż cena oferty jest rażąco niska w stosunku do przedmiotu zamówienia i nie zapewnia wykonania zamówienia w sposób należyty;
- Ponadto z ostrożności w wypadku przyjęcia, że wezwanie Zamawiającego z dnia 02.02.2021 r. było w istocie zapytaniem w trybie art. 90 ust 1 uchylonej ustawy Pzp Odwołujący zarzucił naruszenie:
- 4) art. 90 ust. 2 i 3 w zw. z art. 89 ust. 1 pkt 4 w zw. z art. 7 ust. 1 i ust 3 uchylonej ustawy pzp poprzez wadliwą ocenę wyjaśnień złożonych przez wykonawcę Zakład Elektroniki SUWAR S. sp. z o.o. i uznanie, że wyjaśnienia potwierdzają, iż oferta tego wykonawcy nie zawiera rażąco niskiej ceny w stosunku do przedmiotu zamówienia, a w konsekwencji zaniechanie odrzucenia tej oferty, pomimo iż wykonawca nie złożył wyjaśnień spełniających wymagania określone w art. 90 ust. 1-3 uchylonej ustawy pzp, w szczególności dowodów potwierdzających, że wykonawca jest w stanie zutylizować izotopowe czujki dymu w cennie 100 zł/szt, w związku z czym należy uznać, że jego oferta zawiera rażąco niską cenę.

Odwołujący wniósł o uwzględnienie odwołania w całości, unieważnienie czynności zamawiającego polegającej na wyborze jako najkorzystniejszej oferty Zakładu Elektroniki SUWAR S. sp. j.; nakazanie Zamawiającemu odrzucenie oferty Zakładu Elektroniki SUWAR S. sp. j. jako niezgodnej z treścią SIWZ oraz zawierającej rażąco niską cenę; nakazanie Zamawiającemu powtórzenia czynności oceny i wyboru ofert z pominięciem odrzuconej oferty Zakładu Elektroniki SUWAR S. sp. j., zasądzenie od Zamawiającego na rzecz Odwołującego kosztów postępowania to jest: kwoty 10.000 zł poniesionej z tytułu wpisu od odwołania, kwoty 3.600 zł tytułem wynagrodzenia pełnomocnika, jak również kwoty 17 zł tytułem poniesionej opłaty skarbowej od pełnomocnictwa, dopuszczenie dowodu z dokumentów - wydruków cenników Zakładu Utylizacji Odpadów Promieniotwórczych na lata 2019-2021 - na potwierdzenie faktu, że cena utylizacji

izotopowych czujników dymu od trzech lat nie spadła poniżej 110 zł/szt., zaś w 2021 r. wyniesie 164 zł/szt.

W uzasadnieniu podniesionych zarzutów Odwołujący wskazał, że Zamawiający w dniu 30 grudnia 2020 r. opublikował ogłoszenie nr 775923-N-2020 o zamówieniu na roboty budowlane pod nazwą: „Wykonanie robót budowlanych polegających na wykonaniu Systemu Sygnalizacji Pożaru wraz z podłączeniem istniejących klap przeciwpożarowych w bloku 1C oraz montażu i podłączeniu nowej centrali alarmowej i konsoli sterującej w budynku Szpitala „Pro-Medica” w Elku Sp. z o. o. przy ul. Baranki 24 w Elku”.

Elementem przedmiotu zamówienia były prace związane z demontażem, utylizacją, przechowywaniem, montażem i transportem izotopowych czujek dymu. Zamawiający w pkt IV ust. 6 SIWZ wskazał, że prace te muszą być wykonywane przez wykonawcę posiadającego zezwolenie Prezesa Państwowej Agencji Atomistyki, zgodnie z ustawą Prawo Atomowe. Izotopowe czujki dymu stanowią odpad promieniotwórczy w rozumieniu art. 3 pkt 22 Prawa atomowego. Jako takie muszą być składowane i utylizowane zgodnie z przepisami rozdziału 7 tej ustawy, w myśl którego, aby składować i utylizować odpady promieniotwórcze należy utworzyć za specjalnym zezwoleniem składowisko odpadów promieniotwórczych, które ma status Krajowego Składowiska Odpadów Promieniotwórczych. Równocześnie Prawo Atomowe w art. 114 powołało do życia państwowe przedsiębiorstwo użyteczności publicznej pod nazwą "Zakład Unieszkodliwiania Odpadów Promieniotwórczych" (dalej **ZUOP**) z siedzibą w Otwocku-Swierku, utworzone do wykonywania działalności w zakresie postępowania z odpadami promieniotwórczymi i wypalonym paliwem jądrowym, a przede wszystkim do zapewnienia stałej możliwości składowania odpadów promieniotwórczych i wypalonego paliwa jądrowego. Zakład wykonuje również działalność polegającą na odbiorze, transporcie, przechowywaniu i składowaniu materiałów jądrowych, źródeł promieniotwórczych oraz innych substancji promieniotwórczych. Prowadzone przez ZUOP składowisko odpadów promieniotwórczych w Różanie jest jedynym składowiskiem na terenie Rzeczypospolitej Polskiej, zaś ZUOP jedynym podmiotem uprawnionym do składowania i utylizacji tego typu odpadów. Zgodnie z art. 118 ust. 2 i 2a Prawa atomowego ZUOP z tytułu wykonywania działalności pobiera opłaty, których wysokość określa cennik usług ZUOP zatwierdzony przez ministra sprawującego nadzór nad ZUOP. Cennik ten jest udostępniany w siedzibie i na stronie internetowej ZUOP, w terminie 7 dni od dnia zatwierdzenia tego cennika. Zgodnie z cennikiem na 2021 r. opłata za postępowanie ze źródłami promieniotwórczymi i materiałami jądrowymi o niskoaktywnym źródle promieniowania, długożyciowymi jakimi są czujki dymu wynosi 164 zł/szt. Co więcej w poprzednich latach cena ta wynosiła 126 zł/szt. w 2020 r., zaś 110 zł/szt. w 2019 r. Dowód: cennik ZUOP 2021, cennik ZUOP 2020 cennik ZUOP 2019.

Odwołujący wskazał, że w dniu 10 lutego 2021 r. Zamawiający poinformował, że za najkorzystniejszą uznał ofertę wykonawcy Zakład Elektroniki SUWAR S. sp. j. Odwołujący wystąpił o udostępnienie mu protokołu z postępowania oraz oferty wybranej jako najkorzystniejsza. Z kosztorysu ofertowego złożonego przez Zakład Elektroniki SUWAR S. sp. j. wynikało, że wykonawca ten zaoferował za utylizację czujek dymu cenę 100 zł/szt. (poz. 32 kosztorysu). Co więcej w aktach postępowania znajduje się pismo Zamawiającego z dnia 02.02.2021 r. skierowane do tego wykonawcy, który w trybie art. 87 ust. 1 uchylonej ustawy pzp zażądał wyjaśnień z jakiego powodu utylizacja jednej czujki została wyceniona na 100 zł, skoro koszt takiej usługi przez jedyny podmiot na terenie RP, który ją świadczy został określony na 164 zł. W odpowiedzi Zakład Elektroniki SUWAR S. sp. j. wskazał, że dostawca urządzeń przeciwpożarowych zaoferował również odbiór izotopowych czujek dymu za kwotę 60 zł za sztukę, zaś 40 zł stanowi *de facto* marża wykonawcy. Przy czym wykonawca nie wskazał jaki podmiot będzie tym dostawcą, ani z czego wynika preferencyjna, niemal trzy razy niższa cena za odbiór i utylizację odpadów promieniotwórczych, niż oficjalnie ustalona przez ZUOP. W ocenie Odwołującego już na tym etapie Zamawiający powinien był powziąć co najmniej wątpliwość co do zgodności oferty z treścią SIWZ i wezwać wykonawcę do przedstawienia dowodów potwierdzających jego wyjaśnienia. Mimo to, Zamawiający nie zrobił tego, nie odrzucił również oferty wykonawcy Zakład Elektroniki SUWAR S. sp.j. i dokonał jej wyboru jako najkorzystniejszej. Czynności podejmowane przez Zamawiającego są niezgodne z przepisami uchylonej ustawy pzp.

Odwołujący wskazał, że sam Zamawiający wymagał, aby postępowanie z izotopowymi czujkami dymu było zgodne z przepisami ustawy Prawo Atomowe. W związku z tym, biorąc pod uwagę, że ZUOP jest - jak wyżej wspomniano - jedynym podmiotem na terytorium RP zajmującym się składowaniem i utylizowaniem odpadów promieniotwórczych za niewystarczające powinien był uznać wyjaśnienia wykonawcy, że zutylizuje izotopowe czujki dymu za kwotę *de facto* 60 zł za sztukę (40 zł stanowi marża wykonawcy Zakład Elektroniki SUWAR S. sp. j.), w sytuacji gdy cena obowiązująca wszystkie podmioty w Polsce od 2019 r. nie wyniosła mniej niż 110 zł. Dodatkowo wykonawca nie udowodnił, z czego wynikają jego preferencyjne warunki w tym zakresie. Oferta taka jest w sposób oczywisty niezgodna z SIWZ, a jako taka powinna była podlegać odrzuceniu na podstawie art. 89 ust. 1 pkt 2 uchylonej ustawy pzp.

Co więcej, Zamawiający powziawszy wątpliwość co do elementu ceny zaproponowanej przez wykonawcę Zakład Elektroniki SUWAR S. sp. j. powinien był raczej skorzystać z procedury przewidzianej w art. 90 ust 1 uchylonej ustawy pzp, która pozwoliłaby mu na zażądanie dowodów potwierdzających preferencyjną cenę za utylizację izotopowych czujek dymu proponowaną przez wykonawcę, a która wskazuje na ich utylizację niezgodnie z Prawem atomowym. Odwołujący podkreślił, że wobec specyficznego, regulowanego charakteru czynności utylizacji odpadów promieniotwórczych pozycja ta stanowiła istotną część ceny. Jej istotność polega zaś na tym, że poniżej pewnego, centralnie określonego pułapu nie jest możliwe wykonanie zamówienia w sposób właściwy, to jest przede wszystkim z zgodnie z zasadami bezpieczeństwa jądrowego i ochrony radioaktywnej, zachowaniu którego służą specjalne regulacje dotyczące składowania i utylizacji odpadów promieniotwórczych. Odwołujący powołał się na wyrok Krajowej Izby Odwoławczej z dnia 09 lipca 2020 r., sygn. akt: KIO 682/20.

W ocenie Odwołującego można również przyjąć, że Zamawiający kierując wezwaniem do złożenia wyjaśnień w trybie art. 87 ust. 1 uchylonej ustawy pzp miał w istocie na myśli wyjaśnienia rażąco niskiej ceny z art. 90 ust. 1 uchylonej ustawy pzp. Tak zresztą potraktował je wykonawca Zakład Elektroniki SUWAR S. sp.j., odnosząc się w swoich wyjaśnieniach do ogólnych kryteriów ceny rażąco niskiej. Takie założenie sprawia, że ocena czynności podjętych i zaniechanych przez Zamawiającego tym bardziej musi być negatywna, albowiem w tym wypadku obowiązek wykazania, że oferta nie zawiera rażąco niskiej ceny spoczywa na wykonawcy. Obowiązany on jest w tym wypadku do przedstawienia dowodów, a więc np. dokumentów, które potwierdzą, że cena nie jest rażąco niska. Wykonawca nie przedstawił żadnych dowodów potwierdzających, że uzyska od nieznanego dostawcy preferencyjną cenę utylizacji odpadów promieniotwórczych.

Odwołujący wskazał, że Zamawiający w SIWZ przewidział newralgiczny element przedmiotu zamówienia jakim jest postępowanie z izotopowymi czujkami dymu, wymagając aby wykonawcy prowadzili je zgodnie z ustawą Prawo Atomowe, jednakże w toku oceny ofert nie dołożył należytej staranności, aby wybrać ofertę spełniającą te wymogi. Działanie takie jako narażające bezpieczeństwo jądrowe i ochrony radioaktywnej jest niezgodne z interesem publicznym.

Izba ustaliła co następuje:

Z uwagi na datę wszczęcia postępowania o udzielenie zamówienia publicznego w niniejszej sprawie (tj. 30.12.2020 r.) ma zastosowanie art. 90 ust. 1 ustawy z dnia 11 września 2019 r. Przepisy wprowadzające ustawę - Prawo zamówień

publicznych (Dz. U. poz. 2020 ze zm.), który stanowi, że do postępowań o udzielenie zamówienia, o których mowa w ustawie prawo zamówień publicznych z dnia 29 stycznia 2004 r., wszczętych i niezakończonych przed dniem 1 stycznia 2021 r. stosuje się przepisy dotychczasowe, tj. przepisy ustawy z dnia 29 stycznia 2004 r. - Prawo zamówień publicznych (Dz. U. z 2019 r., poz. 1843 ze zm.), zwanej dalej „Pzp”.

Zgodnie natomiast z art. 92 ust. 2 ustawy z dnia 11 września 2019 r. Przepisy wprowadzające ustawę - Prawo zamówień publicznych (Dz. U. poz. 2020 ze zm.), do postępowań odwoławczych wszczętych po dniu 31 grudnia 2020 r., dotyczących postępowań o udzielenie zamówienia wszczętych przed dniem 1 stycznia 2021 r., stosuje się przepisy ustawy z dnia 11 września 2019 r. - Prawo zamówień publicznych (Dz. U. poz. 2019 ze zm.), zwanej dalej „nPzp”.

Izba stwierdziła, że Odwołujący wykazał posiadanie legitymacji uprawniającej do wniesienia odwołania, stosownie do art. 505 ust. 1 nPzp.

Izba ustaliła, że Zamawiający prowadzi postępowanie o udzielenie zamówienia publicznego pn. „Wykonanie robót budowlanych polegających na wykonaniu Systemu Sygnalizacji Pożaru wraz z podłączeniem istniejących klap przeciwpożarowych w bloku 1C oraz montażu i podłączeniu nowej centrali alarmowej i konsoli sterującej w budynku Szpitala „Pro-Medica” w Elku Sp. z o. o. przy ul. Baranki 24 w Elku”:

W Rozdziale IV – Opis Przedmiotu Zamówienia – Zamawiający zawarł następujące postanowienia:

1. Przedmiotem zamówienia jest wykonanie robót budowlanych polegających na wykonaniu Systemu Sygnalizacji Pożaru wraz z podłączeniem istniejących klap przeciwpożarowych w bloku IC oraz montażu i podłączeniu nowej centrali alarmowej i konsoli sterującej w budynku Szpitala „Pro-Medica” w Elku Sp. z o. o. przy ul. Baranki 24 w Elku.
2. Szczegółowy zakres przedmiotu zamówienia określony jest w dokumentacji projektowej, stanowiącej Załącznik nr 1 do SIWZ.
3. Załącznikiem do zamówienia są rysunki i przedmiar dotyczący tylko zakresu prac w bloku IC w budynku Szpitala. Zamawiający w celu zachowania spójności załącza również opis i matrycę sterowań dotyczącą wykonania całości SSP w budynku Szpitala.
4. Przedmiotem zamówienia jest również podłączenie 4 szt. klap ppoż., znajdujących się w bloku IC na poziomie -1.
5. Ponadto po wykonaniu projektu SSP, powstał projekt przebudowy Oddziału Neonatologicznego znajdującego się na 1 piętrze w bloku IC. Zamawiający załącza opis i rzut dotyczący wytycznych przeciwpożarowych planowanej przebudowy, które należy uwzględnić podczas wykonywania Systemu Sygnalizacji Pożaru.
6. **Prace związane z demontażem, utylizacją, przechowywaniem, montażem i transportem izotopowych czujek dymu muszą być wykonywane przez Wykonawcę posiadającego zezwolenie Prezesa Państwowej Agencji Atomistyki, zgodnie z Ustawą Prawo atomowe Dz. U. z 2019 r. poz. 1792).**
11. **Wykonawca jako wytwórca odpadów w rozumieniu art. 3 ust. 1 pkt. 32 ustawy o odpadach z dnia 14 grudnia 2012 r., (tj. Dz. U. z 2020 poz. 797 ze zm.) ma obowiązek zagospodarowania powstałych podczas realizacji zadania odpadów zgodnie z ustawą o odpadach (tj. Dz. U. z 2020 poz. 797 ze zm.) i ustawą z dnia 27 kwietnia 2001 r. Prawo ochrony środowiska (tj. Dz. U. z 2020r. poz. 1219 ze zm.). Koszty wszelkich działań wynikających z ustawy o odpadach obciążają Wykonawcę (wywóz, składowanie i utylizacja odpadów). Po zakończeniu robót Wykonawca przedstawi Zamawiającemu dokument potwierdzający wywóz odpadów i ich utylizację.**

Zamawiający w Rozdziale VI SIWZ określiła warunki udziału w postępowaniu oraz sposób w jaki wykonawcy mają wykazać spełnienie warunków udziału w postępowaniu. Zamawiający wymagał m.in. w celu potwierdzenia spełnienia warunku udziału dot. kompetencji lub uprawnień do prowadzenia określonej działalności zawodowej, o ile wynika to z odrębnych przepisów, określonej w pkt. VI ust. 1 pkt. 2) ppkt a) SIWZ złożenia zezwolenie Prezesa Państwowej Agencji Atomistyki na działalność związaną z instalacją i konserwacją systemów w których zainstalowane są czujki jonizacyjne.

W Rozdziale XII, pkt 6 Zamawiający opis elementy, które powinna zawierać oferta. Zamawiający wskazał m.in., iż oferta winna zawierać kosztorys.

W Rozdziale XIV – Opis sposobu obliczenia wartości zamówienia – Zamawiający wskazał, że cena oferty musi uwzględniać wszelkie elementy niezbędne do pełnego zrealizowania zamówienia. Po stronie wykonawcy leżą wszelkie koszty, w szczególności koszty transportu, rozładunku oraz ubezpieczenia. Wykonawca określił wartość realizacji zamówienia zgodnie z Formularzem oferty, który stanowi załącznik nr 2 do SIWZ. Zamawiający nie sprecyzował rodzaju czy znaczenia kosztorysu.

Izba ustaliła, że Załącznik nr 5 do SIWZ stanowił wzór umowy. W §7 wzoru umowy Zamawiający określił zasady wynagrodzenia, wskazując, iż jest to wynagrodzenie ryczałtowe.

Izba ustaliła, że postępowaniu złożono dwie oferty. Oferta Przystępującego – cena za realizację zamówienia: 208,102,25 zł brutto. Do oferty wykonawca załączył Kosztorys ofertowy. W pozycji nr 32 – utylizacja czujek izotopowych wykonawca wskazał cenę za sztukę 100 zł. Odwołujący zaoferował cenę na poziomie 236,863,58 zł brutto. Wykonawca również załączył kosztorys ofertowy. W pozycji nr 32 – utylizacja czujek izotopowych wykonawca wskazał cenę 178 zł za sztukę. Izba ustaliła, że pismem z dnia 2 lutego 2021 r. Zamawiający wezwał Przystępującego na podstawie art. 87 ust. 1 ustawy z dnia 29 stycznia 2004 r. Prawo zamówień publicznych (t.j. Dz.U. z 2019r. poz. 1 843 z późn. zm.) do złożenia wyjaśnień dotyczących treści złożonej oferty. Zamawiający wskazał, że w toku badania i oceny ofert powziął wątpliwość co do treści złożonej przez wykonawcę oferty bowiem w kosztorysie ofertowym wykonawca zaoferował cenę utylizacji czujek izotopowych w kwocie 100,00 zł netto za sztukę. Zgodnie z Cennikiem usług postępowania z odpadami promieniotwórczymi, wypalonym paliwem jądrowym, materiałami jądrowymi, źródłami promieniotwórczymi i innymi substancjami promieniotwórczymi na rok 2021 wszystkie jednostki w Polsce obowiązuje kwota 164,00 zł netto za sztukę. Pismem z dnia 5 lutego 2021 r. Przystępujący złożył wyjaśnienia, wskazując, że w kosztorysie ofertowym w pozycji 32 utylizacja czujki izotopowej prawidłowo została zaoferowana kwota 100 zł netto za sztukę. Wykonawca wskazał, że pozycja kosztorysowa 32 została wyceniona w oparciu o ofertę dostawcy urządzeń systemu sygnalizacji pożaru, który w ramach oferty na dostawę urządzeń zaoferował również odbiór zdemontowanych czujek jonizacyjnych w kwocie 60 zł za sztukę. Tym samym, koszt zaoferowany przez producenta plus koszty pośrednie i zysk dały kwotę 100 zł netto za szt. Wykonawca wskazał, że koszty ujęte w tej pozycji zawierają wszystkie koszty niezbędne do utylizacji czujek izotopowych zgodnie z posiadanym Zezwoleniem PAA. Wykonawca ponadto wskazał, że dostawca urządzeń również posiada zezwolenie PAA na odbiór zdemontowanych przez nas czujek. Wykonawca potwierdził, że w złożonej ofercie zostały uwzględnione wszystkie elementy i koszty niezbędne do pełnego zrealizowania zamówienia zgodnie z SIWZ, w tym z opisem przedmiotu zamówienia. Zaoferowana ryczałtowa cena brutto w wysokości 208 102,25 zł jest jedynie o

12% niższa od drugiej złożonej w postępowaniu ofercie, więc nie ma ryzyka, że wykonanie zamówienia staje się niemożliwe lub jest poniżej kosztów własnych wykonawcy. Dodatkowo wykonawca wskazał, że Zamawiający w SIWZ wymagał złożenia kosztorysu bez określenia w jaki sposób ten kosztorys ma być sporządzony i nie wskazuje, że będzie on stanowił podstawę do oceny zasadności wartości poszczególnych pozycji kosztorysu. Zgodnie z załączonym do SIWZ projektem umowy wynagrodzenie jest ryczałtowe płatne po wykonaniu zamówienia.

Izba ustaliła, że pismem z dnia 10 lutego 2021 r. Zamawiający poinformował wykonawców o wynikach postępowania przetargowego. Za najkorzystniejszą została uznana oferta Przystępującego.

Izba zważyła co następuje:

Biorąc pod uwagę zgromadzony w sprawie materiał dowodowy, poczynione ustalenia faktyczne oraz orzekając w granicach zarzutów zawartych w odwołaniu, Izba stwierdziła, że odwołanie podlega uwzględnieniu. Zdaniem Izby Zamawiający nieprawidłowo ocenił wyjaśnienia Przystępującego z dnia 4 lutego 2021 r. i tym samym zasadne było nakazanie Zamawiającemu wezwanie Przystępującego w trybie art. 87 ust. 1 ustawy Pzp do uzupełnienia swojego stanowisko dotyczącego zgodności oferty z wymaganiami wskazanymi w SIWZ.

Nie było sporne pomiędzy stronami, że elementem przedmiotu zamówienia są prace związane z demontażem, utylizacją, przechowywaniem, montażem i transportem izotopowych czujek dymu. Zamawiający w pkt IV ust. 6 SIWZ wskazał, że prace te muszą być wykonywane przez wykonawcę posiadającego zezwolenie Prezesa Państwowej Agencji Atomistyki, zgodnie z ustawą prawo atomowe. Nie było również sporne pomiędzy stronami, że izotopowe czujki dymu stanowią odpad promieniotwórczy w rozumieniu art. 3 pkt 22 prawa atomowego. W konsekwencji, muszą być składowane i utylizowane zgodnie z przepisami rozdziału 7 ustawy prawo atomowe, w myśl którego, aby składować i utylizować odpady promieniotwórcze należy utworzyć, poprzez uzyskanie specjalnego zezwolenia, składowisko odpadów promieniotwórczych, które ma status Krajowego Składowiska Odpadów Promieniotwórczych.

Należy dalej wskazać, że na podstawie art. 114 powołano do życia państwowe przedsiębiorstwo użyteczności publicznej pod nazwą "Zakład Unieszkodliwiania Odpadów Promieniotwórczych" (dalej **ZUOP**), z siedzibą w Otwocku - Świerku, jako jednostkę powołaną do wykonywania działalności w zakresie postępowania z odpadami promieniotwórczymi i wypalonym paliwem jądrowym, a przede wszystkim do zapewnienia stałej możliwości składowania odpadów promieniotwórczych i wypalonego paliwa jądrowego. Zakład wykonuje również działalność polegającą na odbiorze, transporcie, przechowywaniu i składowaniu materiałów jądrowych, źródeł promieniotwórczych oraz innych substancji promieniotwórczych. Nie było sporne pomiędzy stronami, że prowadzone przez ZUOP składowisko odpadów promieniotwórczych w Róźnie jest jedynym składowiskiem na terenie Rzeczypospolitej Polskiej, zaś ZUOP jedynym podmiotem uprawnionym do składowania i utylizacji tego typu odpadów.

Dalej wskazać należy, że zgodnie z art. 118 ust. 2 i 2a ustawy prawo atomowe ZUOP z tytułu wykonywania ww. działalności pobiera opłaty, których wysokość określa cennik usług ZUOP zatwierdzony przez ministra sprawującego nadzór nad ZUOP. Cennik ten jest udostępniany w siedzibie i na stronie internetowej ZUOP, w terminie 7 dni od dnia zatwierdzenia tego cennika. Zgodnie z cennikiem na 2021 r. opłata za postępowanie ze źródłami promieniotwórczymi i materiałami jądrowymi o niskoaktywnym źródle promieniowania, długożyciowymi jakimi są czujki dymu wynosi 164 zł/szt. Mając na uwadze powyższe, Izba wskazuje, że realizacja przedmiotu zamówienia określonego w SIWZ musi odbywać się z uwzględnieniem powyższych regulacji ustawy prawo atomowe, co obejmuje również usługę utylizacji, demontażu, przechowywania i transportu czujek izotopowych. Wymóg posiadania zezwolenia Prezesa Agencji Atomowej jest gwarancją dla Zamawiającego, iż wykonawca wykona czynności związane z izotopowymi czujkami dymu w sposób zgodny z wymaganiami wskazanymi w ustawie prawo atomowe. Zdaniem Izby, celem ustawodawcy jest zapewnienie kontroli i odpowiedniego poziomu bezpieczeństwa obrotu i składowania materiałów promieniotwórczych. Konieczność posiadania zezwolenia stanowi narzędzie realizujące ten cel. Podmiot uzyskujący zezwolenie zobowiązuje się do wykonywania czynności związanych z urządzeniami wytwarzającymi promieniowanie jonizujące zgodnie z wymaganiami zawartymi w ustawie prawo atomowe.

Tym samym, skoro bezsporne pomiędzy stronami i wynikające z obowiązujących przepisów prawa jest to, że prowadzone przez ZUOP składowisko odpadów promieniotwórczych w Róźnie jest jedynym składowiskiem na terenie Rzeczypospolitej Polskiej, zaś ZUOP jedynym podmiotem uprawnionym do składowania i utylizacji tego typu odpadów, to obowiązkiem wykonawcy było przygotowanie swojej oferty z uwzględnieniem ww. okoliczności lub wiarygodne wyjaśnienie i wykazanie swoich indywidualnych uwarunkowań, które nie będą jednak stanowić obejścia wymogów określonych w ustawie prawo atomowe. Ponadto, skoro zgodnie z art. 118 ust. 2 i 2a ustawy prawo atomowe ZUOP z tytułu wykonywania działalności pobiera opłaty i zgodnie z cennikiem na 2021 r. opłata za postępowanie ze źródłami promieniotwórczymi i materiałami jądrowymi o niskoaktywnym źródle promieniowania, długożyciowymi jakimi są czujki dymu wynosi 164 zł/szt, to obowiązkiem wykonawcy było uwzględnienie takiej opłaty w kosztach realizacji zamówienia, chyba że posiada indywidualne uwarunkowania, zgodne z prawem, uzasadniające przyjęcie niższej stawki.

W analizowanym stanie faktycznym Zamawiający słusznie powziął wątpliwości co do wyceny poz. nr 32 kosztorysu Przystępującego. Wykonawca bowiem określił cenę jednostkową za utylizację czujki izotopowej na poziomie 100 zł, a więc niższej niż wynika to z obowiązującego cennika, o którym mowa powyżej. Wyjaśnienia złożone przez Przystępującego, zostały jednakże, zdaniem Izby, błędnie ocenione przez Zamawiającego. Z ich treści bowiem w żaden sposób nie wynika na jakich zasadach, zgodnie z przepisami prawa atomowego, podwykonawca Przystępującego zrealizuje wymów związany z utylizacją, demontażem, przechowywaniem i transportem czujek izotopowych. Wyjaśnienia Przystępującego, są zdaniem Izby, puste w swojej treści, nie zawierają żadnych precyzyjnych informacji, a stanowią jedynie głoślowe twierdzenia wykonawcy. Przystępujący nie podał nazwy podwykonawcy, nie złożył żadnej oferty handlowej od podmiotu trzeciego. Nie uzasadnił w żaden sposób jak cena zaoferowana przez podwykonawcę koreluje w wymaganiami wskazanymi w ustawie prawo atomowe i cennikiem obowiązującym w 2021 r. Izba nie podziela poglądu Zamawiającego i Przystępującego, iż z uwagi na ryczałtowy charakter wynagrodzenia Zamawiający jest zwolniony z badania poszczególnych pozycji kosztorysu, a wykonawca bierze na siebie ryzyko nieprawidłowej wyceny. Po pierwsze, to Zamawiający żądał od wykonawców złożenia wraz z ofertą kosztorysu. Tym samym zasadnym jest przyjęcie, iż dokument ten miał służyć badaniu co i w jaki sposób wyceniał wykonawca. Po drugie, wynagrodzenie ryczałtowe nie zwalnia Zamawiającego z badania czy wykonawca wyceniał przedmiot zamówienia zgodnie z wymaganiami wskazanymi w SIWZ oraz zgodnie z przepisami prawa. Gdyby przyjąć odmienne założenia, martwe pozostawałyby przepisy ustawy Pzp o obowiązku zbadania przez Zamawiającego zgodności oferty ze SIWZ czy rażąco niskiej ceny. Ustawodawca wprowadził szereg obowiązków Zamawiającego na etapie badania i oceny ofert i bezpodstawne jest przyjmowanie założenia, że wynagrodzenie ryczałtowe zwalnia Zamawiającego z ich realizacji. W analizowanym stanie faktycznym, zdaniem Izby, zasadne było nakazanie Zamawiającemu ponowne wezwanie

Przystępującego w trybie art. 87 ust. 1 ustawy Pzp do doprecyzowania treści złożonych wyjaśnień z dnia 4 lutego 2021 r. Wykonawca winien przedstawić ofertę podmiotu trzeciego na utylizację, demontaż, przechowywanie i transport czujek izotopowych, oferta ta powinna podlegać weryfikacji Zamawiającego w świetle przepisów ustawy prawo atomowe, podmiot trzeci powinien w sposób jasny i jednoznaczny wykazać na jakiej podstawie ma możliwość wykonania utylizacji, demontażu, przechowywania i transportu czujek izotopowych za cenę na jaką powołuje się Przystępujący w treści złożonych wyjaśnień i z czego wynikają szczególne uwarunkowania takiego podmiotu, które umożliwiają mu odstąpienie od narzuconego przez ZUOP cennika. Dopiero takie wyjaśnienia Przystępującego umożliwią ocenę czy oferta Przystępującego jest zgodna z wymaganiami wskazanymi w Rozdziale IV ust. 6 SIWZ.

Odnosząc się do zarzutu naruszenia art. 89 ust. 1 pkt 2 w zw. z art. 7 ust. 1 i ust. 4 ustawy Pzp, to zarzut ten Izba uznała za przedwczesny. Zdaniem Izby zasadne jest umożliwienie Przystępującemu doprecyzowanie złożonych pierwotnie wyjaśnień z dnia 4 lutego 2021 r. Dopiero na podstawie dodatkowych informacji przekazanych przez Przystępującego, na które Izba wskazała powyżej, będzie możliwa ocena oferty Przystępującego w świetle art. 89 ust. 1 pkt 2 ustawy Pzp.

Odnosząc się do zarzutu naruszenia art. 87 ust. 1 oraz art. 90 ust. 1 w zw. z art. 89 ust. 1 pkt 4 w zw. z art. 7 ust. 1 i ust. 3 poprzez wezwanie wykonawcy Zakładu Elektroniki SUWAR S. sp. j. do wyjaśnień co do rażąco niskiej ceny zaoferowanej za utylizację promieniotwórczych czujek izotopowych w trybie art. 87 ust. 1, a nie w trybie art. 90 ust. 1 ustawy Pzp, to zdaniem Izby zarzut nie potwierdził. Wezwanie z dnia 2 lutego 2021 r. było wezwaniem na podstawie art. 87 ust. 1 ustawy Pzp i zmierzało do ustalenia czy oferta Przystępującego jest zgodna z wymaganiami zawartymi w Rozdziale IV SIWZ. To, iż Przystępujący w treści złożonych wyjaśnień odwołał się do ryczałtowego wynagrodzenia i wartości swojej oferty nie zmienia charakteru wezwania Zamawiającego.

Co do zarzutu naruszenia art. 89 ust. 1 pkt 4 oraz art. 90 ust. 3 w zw. z art. 7 ust. 1 i ust. 3 uchylonej ustawy Pzp poprzez zaniechanie odrzucenia oferty wykonawcy Zakładu Elektroniki SUWAR S. sp. j., pomimo iż cena oferty jest rażąco niska w stosunku do przedmiotu zamówienia i nie zapewnia wykonania zamówienia w sposób należyty, to zdaniem Izby zarzut nie potwierdził się. Zdaniem Izby Odwołujący nie wykazał rażąco niskiej ceny jaką miałby zaoferować Przystępujący za realizację zamówienia. Odwołujący nie wykazał również, że utylizacja izotopowych czujek dymu stanowi istotną część składową przedmiotu zamówienia. Wskazać należy, że art. 90 ust. 1 ustawy Pzp stanowi, że jeżeli 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 lub wynikającymi z odrębnych przepisów, zamawiający zwraca się o udzielenie wyjaśnień, w tym złożenie dowodów, dotyczących wyliczenia ceny lub kosztu. W ust. 1a ustawodawca wskazał, że przypadku gdy cena całkowita oferty jest niższa o co najmniej 30% od wartości zamówienia powiększonej o należny podatek od towarów i usług, ustalonej przed wszczęciem postępowania zgodnie z lub średniej arytmetycznej cen wszystkich złożonych ofert, zamawiający zwraca się o udzielenie wyjaśnień, o których mowa w ust. Odwołujący nie wykazał żadnej z powyższych okoliczności. Oferta Przystępującego jest niższa od 6.9% od średniej arytmetycznej złożonych ofert. Odwołujący nie wykazał, iż kwestionowana pozycja kosztorysu stanowi istotną część składową przedmiotu zamówienia. Argumentacja Odwołującego w tym zakresie sprowadzała się do twierdzenia, że wobec specyficznego, regulowanego charakteru czynności utylizacji odpadów promieniotwórczych pozycja ta stanowiła istotną część ceny. Jej istotność polega zaś na tym, że poniżej pewnego, centralnie określonego pułapu nie jest możliwe wykonanie zamówienia w sposób właściwy. Zdaniem Izby wycena pozycji nr 32 kosztorysu z uwagi na swoją wartość w ogólnych kosztach realizacji zamówienia nie może być uznana za istotną część składową przedmiotu zamówienia. Realizacja tego elementu przedmiotu zamówienia podlega ocenie względem wymagań określonych w ustawie prawo atomowe i wydanych z jej podstawie aktów wykonawczych. Nieprawidłowość stawki przyjętej do wyceny za utylizację czujek stanowi podstawę do uznania niezgodności oferty z zapisami SIWZ. To jednak nie skutkuje automatycznym uznaniem, że wykonawca zaoferował rażąco niską cenę za realizację przedmiotu zamówienia. Taką rażąco niską cenę Odwołujący musiałby wykazać, czego, w ocenie Izby, nie uczynił. Nie wykazał bowiem, iż cena całkowita za realizację zamówienia jest rażąco niska. Nie wykazał również, iż usługa utylizacji czujek dymu stanowi istotną część składową przedmiotu i jej ewentualne niedoszacowanie powoduje, że mamy do czynienia z rażąco niską ceną. Przedmiotem zamówienia są roboty budowlane. Utylizacja czujek dymu stanowi usługę poboczną związaną z realizacją głównego przedmiotu zamówienia tj. robót budowlanych. Odwołujący nie wykazał jej istotności w realizacji głównego przedmiotu zamówienia. Stąd też, zdaniem Izby, zarzut uznać należy za niezasadny.

Mając na uwadze powyższe, Izba orzekła jak w sentencji.

W niniejszej sprawie Izba – co wynika z sentencji orzeczenia - częściowo uwzględniła i częściowo oddaliła odwołanie. W ocenie Izby odwołanie okazało się zasadne w stosunku 1/2 z uwagi na liczbę i wagę zarzutów uznanych za zasadne i za niezasadne. Kosztami postępowania po połowie obciążono zatem Zamawiającego i Odwołującego. Na koszty postępowania odwoławczego składał się wpis uiszczony przez Odwołującego w wysokości 10.000 zł, koszty poniesione przez odwołującego z tytułu zastępstwa przed Izbą w kwocie 3.600 zł i koszty dojazdu Odwołującego na rozprawę w kwocie 339.33 oraz koszty poniesione z tytułu wynagrodzenia pełnomocnika Zamawiającego w kwocie 3.600 zł oraz koszty dojazdu na rozprawę w kwocie 431,61 zł (łącznie 17.970,94 zł).

Odwołujący poniósł dotychczas koszty postępowania odwoławczego w wysokości 13.939,33 zł tytułem wpisu od odwołania, wynagrodzenia pełnomocnika oraz dojazdu na rozprawę (10.000 + 3.600 + 339.33), tymczasem odpowiadał za nie jedynie do wysokości 8.985,47 zł (17.970,94 zł x 50%). Wobec powyższego Izba zasądziła od Zamawiającego na rzecz Odwołującego kwotę 4.953,86 zł (13.939,33 – 8.985,47), stanowiącą różnicę pomiędzy kosztami poniesionymi dotychczas przez Odwołującego a kosztami postępowania, za jakie odpowiadał w świetle jego wyniku.

Przewodniczący: