

WYROK

z dnia 21 września 2021 r.

Krajowa Izba Odwoławcza - w składzie:

Przewodniczący: Anna Kuszel-Kowalczyk

Protokolant: Rafał Komoń

po rozpoznaniu na rozprawie w dniu 20 września 2021 roku w Warszawie odwołania wniesionego do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej w dniu 16 sierpnia 2021 r. przez wykonawcę B. K. prowadzący działalność gospodarczą pod firmą „Q-Bart” B. K. z siedzibą w Gdańsku w postępowaniu prowadzonym przez Komendę Portu Wojennego Gdynia w Gdyni

przy udziale wykonawców wspólnie ubiegających się o udzielenie zamówienia J. N. prowadząca działalność gospodarczą pod firmą Skład Węgla J. N. z siedzibą w Redzie, P. N. prowadzący działalność gospodarczą pod firmą Transbud Kruszywa P. N. z siedzibą w Redzie zgłaszającego przystąpienie do postępowania odwoławczego po stronie zamawiającego.

orzeka:

1. oddala odwołanie

2. kosztami postępowania obciąża odwołującego - B. K. prowadzący działalność gospodarczą pod firmą „Q-Bart” B. K. z siedzibą w Gdańsku i:

2.1. zalicza w poczet kosztów postępowania odwoławczego kwotę 15 000 zł 00 gr (słownie: piętnaście tysięcy złotych zero groszy) uiszczoną przez odwołującego tytułem wpisu od odwołania, oraz kwotę 3 600 zł 00 gr (słownie: trzy tysiące sześćset złotych zero groszy) stanowiącą koszty postępowania poniesione przez zamawiającego tytułem wynagrodzenia pełnomocnika,

2.2. zasądza od odwołującego - B. K. prowadzący działalność gospodarczą pod firmą „Q-Bart” B. K. z siedzibą w Gdańsku na rzecz zamawiającego Komendy Portu Wojennego Gdynia w Gdyni kwotę 3 600 zł 00 gr (słownie: trzy tysiące sześćset złotych zero groszy),

Stosownie do art. 579 ust. 1 i 580 ust. 1 i 2 ustawy z dnia 11 września 2019 r. - Prawo zamówień publicznych (Dz. U. z 2019 r. poz. 2019 ze zm.) na niniejszy wyrok - w terminie 14 dni od dnia jego doręczenia - przysługuje skarga za pośrednictwem Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej do Sądu Okręgowego w Warszawie.

Uzasadnienie

Zamawiający Komenda Portu Wojennego Gdynia w Gdyni - prowadzi postępowanie o udzielenie zamówienia publicznego, którego przedmiotem jest „Usługa w zakresie eksploatacji systemów ciepłych od źródła ciepła łącznie z grzejnikami w budynkach, w kompleksach wojskowych administrowanych przez Komendę Portu Wojennego Gdynia znajdujących się na terenie m. Gdynia i Hel” - „Część III SOI GDYNIA OKSYWIE- Gdynia, ul. Rondo Bitwy pod Oliwą 1, kotłownia w budynku nr 53”.

Postępowanie prowadzone jest na podstawie przepisów ustawy z dnia 11 września 2019 roku - Prawo zamówień publicznych (t.j. Dz. U. z 2021 roku, poz. 1129 ze zm.), zwanej dalej „ustawą Pzp”.

W dniu 16 sierpnia 2021 roku wykonawca B. K. prowadzący działalność gospodarczą pod firmą „Q-Bart” B. K. z siedzibą w Gdańsku (dalej: odwołujący) wniósł odwołanie na zaniechania i czynności zamawiającego dokonane w postępowaniu, w zakresie części nr III zamówienia, w sposób sprzeczny z ustawą Pzp.

W związku z powyższym odwołujący zarzucił zamawiającemu naruszenie:

- 1) art. 226 ust. 1 pkt. 8 ustawy Pzp przez zaniechanie odrzucenia oferty wykonawcy

Konsorcjum: Lider Konsorcjum: Skład Węgla J. N. ul. Nowowiejskiego 18, 84-240

Reda Członek konsorcjum: Transbud Kruszywa P. N. ul. Nowowiejskiego 18, 84-240

Reda (dalej Konsorcjum) jako oferty, która zawiera rażąco niską cenę w stosunku do przedmiotu zamówienia,

ewentualnie gdyby Izba nie zgodziła się z zarzutem nr 1, odwołujący zarzucił naruszenie:

- 2) art. 224 ust. 1 ustawy Pzp przez zaniechanie wezwania wykonawcy do rzetelnego oraz zgodnego z wymogami ustawy Pzp wyjaśnienia oferty w tym złożenia dowodów w zakresie wyliczenia ceny lub kosztu, lub ich istotnych części składowych.

Odwołujący wniósł o:

1. nakazanie zamawiającemu dokonania ponownego badania i oceny ofert w tym unieważnienia czynności wyboru oferty najkorzystniejszej,
2. nakazanie zamawiającemu odrzucenia oferty wykonawcy Konsorcjum, jako oferty zawierającej rażąco niską cenę, ewentualnie nakazanie zamawiającemu wezwania wykonawcy do rzetelnego oraz zgodnego z wymogami ustawy Pzp wyjaśnienia oferty w tym złożenia dowodów w zakresie wyliczenia ceny lub kosztu, lub ich istotnych części składowych.
3. zasądzenie od zamawiającego na rzecz odwołującego kosztów postępowania odwoławczego proporcjonalnie do uwzględnionych zarzutów spośród dwóch postawionych w odwołaniu.

W uzasadnieniu wniesionego odwołania odwołujący wskazał co następuje:

Zamawiający Komenda Portu Wojennego Gdynia prowadzi postępowanie w trybie przetargu nieograniczonego na usługę: „Usługa w zakresie eksploatacji systemów ciepłych od źródła ciepła łącznie z grzejnikami w budynkach, w kompleksach wojskowych administrowanych

przez Komendę Portu Wojennego Gdynia znajdujących się na terenie m. Gdynia i Hel", z podziałem na 3 części:

Część I SOI HEL

- Hel ul. Sikorskiego, kotłownia w budynku 119
- Hel ul. Sikorskiego, kotłownia w budynku 120

Część II SOI HEL

- Hel kotłownia w budynku nr 1
- Hel kotłownia w budynku nr 17

Część III SOI GDYNIA OKSYWIE

- Gdynia, ul. Rondo Bitwy pod Oliwą 1, kotłownia w budynku nr 53

W zakresie części nr III została wybrana oferta Konsorcjum z następującą punktacją:

Cena brutto: 1 326 528,00 zł (w tym za wykonanie podstawowego przedmiotu zamówienia: 917 952,00 zł i zwiększonego zamówienia - prawo opcji: 408 576,00 zł) - ilość punktów w kryterium: 60 pkt; czas podjęcia czynności usunięcia awarii od uzyskania zgody kierownika SOI - 1 godzina - ilość punktów w kryterium: 30 pkt; ilość osób niepełnosprawnych, które będą realizować zamówienie - 2 osób - ilość punktów w kryterium: 10 pkt. Oferta ta uzyskała największą ilość punktów spośród ofert niepodlegających odrzuceniu tj. 100 pkt.

W dniu upływu składania ofert do Zamawiającego złożono trzy pozostałe oferty z następującymi cenami brutto i uzyskaną punktacją:

1. EKO-TECH K. S., ul. Konopnickiej 16 83-140 Gniew, 1.461.600,00 zł w tym:
(zam. podst.: 1.008.000,00 zł + prawo opcji: 453.600,00 zł), łącznie 69,46 pkt
2. Q-BART B. K. 80-397 Gdańsk, ul. Kołobrzaska 63F/7, 1.587.600,00 zł w tym: (zam. podst.: 1.092.000,00 zł + prawo opcji: 495.600,00 zł), łącznie 85,13 pkt.
3. Lireco Spółka z o.o. ul. Grochowa 10, 81-017 Gdynia, 1.915.200,00 zł w tym: (zam. podst.: 1.310.400,00 zł + prawo opcji: 604.800,00 zł), łącznie 81,56 pkt

Z pozostałych ofert, najwyższą punktację uzyskał Odwołujący.

Odwołujący podał, iż w Specyfikacji Warunków Zamówienia, zwaną dalej „SWZ”, zamawiający wskazał iż w zakresie zadania III przeznacza kwotę w ramach zamówienia podstawowego: 200 500,00 zł brutto. Jest to kwota o 282 548,20 zł wyższa od kwoty wskazanej przez Konsorcjum: 917 952,00 zł.

Dalej odwołujący podał, iż zamawiający w SWZ wyraźnie zapisał jakie koszty ma uwzględnić wykonawca w ofercie:

- a) zakupu opału,
- b) zużywanych mediów komunalnych i utylizacji odpadów niebezpiecznych,
- c) wynagrodzenia pracowników (uwzględniający wymóg wynikający z ustawy z dnia 10 października 2002 r. o minimalnym wynagrodzeniu za pracę (t.j. Dz. U. z 2018 r. poz. 2177), w związku z rozporządzeniem Rady Ministrów z dnia 11 września 2018 r. w sprawie wysokości minimalnego wynagrodzenia za pracę oraz wysokości minimalnej stawki godzinowej w 2019 r. (Dz.U. z 2018 r. poz. 1794), z uwagi na konieczność zatrudnienia przez wykonawcę lub podwykonawcę na podstawie umowy o pracę osób wykonujących wskazane przez zamawiającego czynności w zakresie realizacji zamówienia, jeżeli wykonanie tych czynności polega na wykonaniu pracy w sposób określony w art. 22 par. 1 ustawy z dnia 26.06.1974 - Kodeks pracy (t.j. Dz. U. z 2018 r. poz. 917 z późn. zm.) - wymóg wynikający z przepisów ustawy z art. 29 ust. 3a ustawy Pzp).
- d) opłat za korzystanie ze środowiska;
- e) inne koszty i parametry cenotwórcze mający wpływ na uzasadnione koszty produkcji ciepła;
- f) funduszu remontowego (remonty, bieżące konserwacje, przygotowanie do sezonów grzewczych i usuwanie awarii) uwzględniający - stawki dla poszczególnych kotłowni są stałe i nie podlegają zmianie przez cały okres obowiązywania umowy;

Odwołujący podkreślił, iż niektóre z tych punktów są narzucone przez zamawiającego w SWZ i nie ma możliwości ich zmniejszenia:

- fundusz remontowy,
- zużycie prądu i wody,
- przeglądy kominiarskie,
- podatek od nieruchomości.

Odwołujący podniósł, iż podejmując decyzję o dokonaniu wyboru oferty Konsorcjum jako najkorzystniejszej, zamawiający nie uwzględnił faktu, iż oferta ta zawiera znacząco zaniżone stawki kosztorysowe w stosunku do wymagań związanych z przedmiotem zamówienia nie

odpowiadając tym samym wytycznym specyfikacji warunków zamówienia.

Odwołujący wyliczył:

Zgodnie z zapisami SWZ fundusz remontowy wynosi 12,00 zł/GJ.

Zużycie prądu i wody to kwota: 6 520,00 zł rocznie.

Przeglądy kominiarskie: 200,00 zł rocznie.

Podatek od nieruchomości - 1 962,36 zł rocznie.

Łączna kwota tych kosztów to 8 682,36 zł. Dzieląc to przez roczną kwotę GJ zapisaną w SWZ (2500) otrzymał kwotę w kalkulacji - 3,47 zł/GJ.

Odwołujący wskazał, iż sumując powyższe wykonawca musi uwzględnić kwotę 15,47 zł/GJ w kalkulacji, która nie podlega zmniejszeniu.

Ponadto odwołujący wskazał, iż Konsorcjum zaoferowało wykonanie usługi za 109,28 zł/GJ. Odejmując powyższe wyliczenia pozostaje 93,81 zł/GJ. W tej kwocie wykonawca musiałby uwzględnić następujące rzeczy:

- A. zakup opału,
- B. opłaty za ochronę środowiska,
- C. koszt wynagrodzeń,
- D. inne koszty,
- E. zysk.

Odwołujący przedstawił następujące wyliczenia, dlaczego, w jego ocenie nie jest to możliwe:
Ad. A. Ilość opału potrzebna do produkcji 1 GJ:

Do wyliczenia przyjął parametry lekkiego oleju opałowego:

- kaloryczność - 42,3 MJ/kg
- gęstość - 860 kg/m³ (0,86 kg/l)
- sprawność kotłowni - 92%

W związku z tym z 1 litra oleju opałowego można wyprodukować 33,47 MJ (42,3 x 0,86 x 0,92).

Aby wyprodukować 1 GJ energii cieplnej potrzeba minimum 29,88 l (1 GJ = 1000 MJ;
1000/33,47 = 29,88)

Cena 1 litra oleju opałowego w momencie składania oferty wynosiła około 2,90 zł netto.
Średnia cena w ostatnich miesiącach jest na podobnym poziomie.

Odwołujący wskazał, iż nawet uwzględniając bardzo duże zniżki dla hurtowników, podkreślając, że takim hurtownikiem nie jest Konsorcjum, można ewentualnie przyjąć cenę 2,70 zł netto za 1 litr oleju opałowego.

W związku z tym w kalkulacji, w ocenie odwołującego, należało uwzględnić cenę zakupu opału w wysokości 29,88 x 2,70 x 1,23 (VAT) = 99,23 zł. Odwołujący stwierdził, iż to już o 6 zł przewyższa kwotę, która „pozostała” do wyliczenia w ofercie Konsorcjum -wyżej wskazane 93,81 zł. Dodatkowo, odwołujący stwierdził, iż do wskazanej kwoty należy jeszcze uwzględnić koszty wynagrodzeń i zysk.

Odwołujący zauważył, że w innych zadaniach (I i II) Konsorcjum zaoferowało dużo wyższe stawki 1 GJ - średnio około 130 zł/GJ. A kotłownie te niewiele się różnią, są nawet nowocześniejsze więc osiągają większą sprawność.

Ad. B: opłaty za ochronę środowiska:

Odwołujący stwierdził, iż z powyższych wyliczeń wynika, że roczne zużycie oleju opałowego to około 75 000,00 l.

Przeliczył to na Mg i otrzymał 64,5 Mg oleju opałowego ($75000 \times 0,86 / 1000$).

Odwołujący podał, że opłata za ochronę środowiska wynosi 9,75 zł / Mg.

W oparciu o te dane odwołujący wyliczył roczną opłatę w wysokości 628,88 zł.

Dzieląc to przez liczbę GJ w kalkulacji przyjął minimalnie 0,25 zł/GJ + VAT = 0,31 zł/GJ.

Ad. C: koszt wynagrodzeń:

W tej kategorii wyliczeń odwołujący przyjął dwie wersje zdarzeń:

Kotłownia jest obsługiwana przez cały rok, w związku z tym osoba do obsługi musi być zatrudniona również poza sezonem grzewczym. Zamawiający nie sprecyzował wielkości etatu, ale wymaga zatrudnienia na umowę o pracę.

1. Pracownik zatrudniony na A etatu to następujące koszty:

$(1400,00 \text{ zł brutto} + 20\% \text{ ZUS pracodawcy}) \times 12 \text{ m-cy} = 20\,160,00 \text{ zł}$.

Dzieląc to przez ilość GJ odwołujący otrzymał 8,06 zł / GJ + VAT = 9,92 zł / GJ

2. Pracownik zatrudniony na A etatu to następujące koszty:

$(700,00 \text{ zł brutto} + 20\% \text{ ZUS pracodawcy}) \times 12 \text{ m-cy} = 10\,080,00 \text{ zł}$.

Dzieląc to przez ilość GJ odwołujący otrzymał 4,03 zł / GJ + VAT = 4,96 zł / GJ

Ad. D: inne koszty:

Odwołujący stwierdził, iż oczywistym jest, że przy realizacji każdego zamówienia (bez względu na jego wartość) pojawiają się dodatkowe koszty: księgowości, administracji itp., które można generalnie nazwać kosztami ogólnymi firmy. Każdy podmiot musi zarobić na zleceniach, aby takie koszty pokryć. Z wyliczeń podanych powyżej odwołujący wnioskował, że proponowana przez Konsorcjum cena w ofercie nie zawiera w sobie takich kosztów, albowiem jest ona poniżej wartości rynkowej składowych ceny wymienionych w tychże punktach. Odwołujący przypomniał, iż już sam rynkowy koszt zakupu opału jest powyżej ceny zaoferowanej przez Konsorcjum. Pozostałych opłat takich jak: opłaty za środowisko czy koszt wynagrodzenia - brak.

Dalej odwołujący stwierdził, iż z powyższych wyliczeń wynika, że minimalne koszty wynikające z wymagań wynikających z SWZ oraz otoczenia rynkowego, dotyczącego wszystkich oferentów wynoszą 119,97 zł /GJ (bez uwzględnienia kosztów wskazanych w ad.D).

Odwołujący wskazał, iż powyższe wyliczenia zdają się potwierdzać fakt, iż w przedmiotowym postępowaniu nie możliwym jest wykonanie przedmiotu zamówienia za cenę zaoferowaną w ofercie Konsorcjum. W oceni odwołującego, oczywistym było, że takie podejście do realizacji usługi spowoduje zdecydowane obniżenie wskazanego wynagrodzenia osobowego, bądź też Konsorcjum nie wzięło pod uwagę prawidłowej realizacji usługi. Odwołujący podkreślił, że kalkulacja kosztów pokazuje, iż Konsorcjum dokonało jej pobieżnie i nierzetelnie, same wyliczenia pokazują, iż przewidywana kwota nie pozwoli na pokrycie tych kosztów jakie Konsorcjum przedstawia.

Ponadto odwołujący wskazał, że kwota zaproponowana przez Konsorcjum razem z prawem opcji wynosi: 1 326 528,00 zł., i stwierdził, że kwota ta znacząco odbiega od średniej arytmetycznej, wynikających z pozostałych ofert złożonych w ramach tego zadania, która wynosi: 1 654 800,00 zł.

Odwołujący podkreślił, że tak ogromna dysproporcja cenowa w stosunku do średniej arytmetycznej cen w rankingu, gdy nie wynika z jakichś oczywistych względów, już sama przez się powinna wzbudzić wątpliwości u zamawiającego, które następnie powinny zostać wyjaśnione w toku odpowiedniej procedury, przewidzianej przepisami ustawy Pzp. Odwołujący przywołał wyrok Krajowej Izby Odwoławczej z 04.03.2021 r., sygn. KIO 426/21 oraz wyrok Sądu Okręgowego w Krakowie z dnia 23 kwietnia 2009 r. sygn. akt XII Ga 88/09), a także wyrok Krajowej Izby Odwoławczej przy Prezesie Urzędu Zamówień Publicznych z dnia 13 kwietnia 2017 r. KIO 624/17).

Odwołujący podkreślił, iż nowa ustawa Pzp w art. 224. 1 wskazuje, iż jeżeli zaoferowana cena lub koszt, lub ich istotne części składowe, wydają się rażąco niskie w stosunku do przedmiotu zamówienia lub budzą wątpliwości zamawiającego co do możliwości wykonania przedmiotu zamówienia zgodnie z wymaganiami określonymi w dokumentach zamówienia

lub wynikającymi z odrębnych przepisów, zamawiający żąda od wykonawcy wyjaśnień, w tym złożenia dowodów w zakresie wyliczenia ceny lub kosztu, lub ich istotnych części składowych. Obiektywna należyta ocena oferty jest obowiązkiem zamawiającego. Odwołujący podkreślił, że zwrócił się do zamawiającego z pismem informującym o wskazaniu przez Konsorcjum w ofercie rażąco niskiej ceny oraz z wnioskiem o podjęcie czynności wyjaśniających zgodnie z ustawą Pzp oraz wykluczenie ww. wykonawcy i dokonanie ponownego badania ofert.

Odwołujący poinformował, że zamawiający do chwili obecnej nie podjął żadnych czynności, nie ustosunkował się również do pisma.

Jako dodatkowy argument, odwołujący podniósł, iż w maju 2021 r. organizowane było inne postępowanie o udzielenie zamówienia publicznego w ramach przetargu na eksploatację systemu ciepłego: Babie Doły (kotłownie olejowe) przez 18 Wojskowy Oddział Gospodarczy w Wejherowie, nr. Postępowania: Dz.U. 2021/S 065-166587. W ww. postępowaniu o bardzo podobnym zakresie brało udział również Konsorcjum. Pomimo, że cena oleju opałowego była wtedy o prawie 10% niższa od cen, jakie są w chwili obecnej, cena zaproponowana w tamtym przetargu przez Konsorcjum oscylowała w okolicach 150,00 zł / GJ brutto - przy dużo niższym funduszu remontowym, bo w okolicach 8,60 zł / GJ brutto. Sam koszt opału, który wtedy kalkulowali to 93,60 zł / GJ brutto czyli uwzględniając moje wcześniejsze wyliczenia minimalnego kosztu zakupu opału w wysokości 99,23 zł / GJ brutto i zmianę ceny oleju opałowego tamta oferta Konsorcjum była prawidłowo skalkulowana.

W ocenie odwołującego nie mogło być zatem wątpliwości, że oferta złożona przez Konsorcjum w postępowaniu będącym przedmiotem niniejszego odwołania, zawiera rażąco niską cenę.

Zamawiający w dniu 17 września 2021 r. wniósł, drogą elektroniczną, odpowiedź na odwołanie w której wniósł o oddalenie odwołania w całości i przedstawił własną argumentację.

W dniu 19 sierpnia 2021 r., wykonawcy wspólnie ubiegający się o udzielenie zamówienia J. N. prowadząca działalność gospodarczą pod firmą Skład Węgla J. N. z siedzibą w Redzie, P. N. prowadzący działalność gospodarczą pod firmą Transbud Kruszywa P. N. z siedzibą w Redzie zgłosili przystąpienie do postępowania odwoławczego po stronie zamawiającego.

Po przeprowadzeniu rozprawy Izba, uwzględniając dokumentację przedmiotowego postępowania o udzielenie zamówienia publicznego, w tym w szczególności treść specyfikacji warunków zamówienia oraz złożonych ofert, jak również biorąc pod uwagę oświadczenia i stanowiska stron zawarte w odwołaniu, odpowiedzi na odwołanie, zgłoszeniu przystąpienia, pismach procesowych, a także wyrażone ustnie na rozprawie i odnotowane w protokole, ustaliła i zważyła, co następuje.

Izba stwierdziła, że nie została wypełniona żadna z przesłanek ustawowych skutkujących odrzuceniem odwołania, wynikających z art. 528 ustawy Pzp.

W terminie wskazanym w art. 525 ust. 1 ustawy Pzp, skuteczne przystąpienie do postępowania odwoławczego po stronie Zamawiającego, zgłosili wykonawcy wykonawców wspólnie ubiegających się o udzielenie zamówienia J. N. prowadząca działalność gospodarczą pod firmą Skład Węgla J. N. z siedzibą w Redzie, P. N. prowadzący działalność gospodarczą pod firmą Transbud Kruszywa P. N. z siedzibą w Redzie (dalej Konsorcjum lub przystępujący).

Przystępując do rozpoznania odwołania, Izba ustaliła wystąpienie przesłanek z art.

505 ust. 1 ustawy Pzp, tj. istnienie po stronie odwołującego interesu w uzyskaniu zamówienia oraz możliwości poniesienia przez odwołującego szkody w wyniku kwestionowanych czynności zamawiającego.

Izba ustaliła i zważyła, co następuje:

Stan faktyczny co do liczby i wartości złożonych ofert przedstawiony w odwołaniu nie wymaga powtórzenia.

Zgodnie z pkt IV. SWZ - „OPIS PRZEDMIOTU ZAMÓWIENIA

1. Przedmiotem zamówienia jest:

Usługa w zakresie eksploatacji systemów ciepłych od źródła ciepła łącznie z grzejnikami w budynkach, w kompleksach wojskowych administrowanych przez Komendę Portu Wojennego Gdynia znajdujących się na terenie m. Gdynia i Hel:

Część I SOI HEL

- Hel ul. Sikorskiego, kotłownia w budynku 119
- Hel ul. Sikorskiego, kotłownia w budynku 120

Część II SOI HEL

- Hel kotłownia w budynku nr 1
- Hel kotłownia w budynku nr 17

Część III SOI GDYNIA OKSYWIE

- Gdynia, ul. Rondo Bitwy pod Oliwą 1, kotłownia w budynku nr 53

2. (...)

3. Opis przedmiotu zamówienia stanowi Załącznik nr 3a-c SWZ - odpowiednio dla danej części.”

Zgodnie z pkt XVII SWZ - „SPOSÓB OBLICZENIA CENY

1. Wykonawca określa cenę realizacji zamówienia poprzez wskazanie w Formularzu ofertowym sporządzonym wg wzoru stanowiącego Załącznik nr 1 do SWZ łącznej ceny ofertowej brutto za realizację przedmiotu zamówienia. Cena oferty musi wynikać z tabeli „kalkulacji ceny ofertowej” zawartej w Formularzu oferty (jeżeli taka kalkulacja została zamieszczona przez zamawiającego). Kalkulację ceny ofertowej należy wypełnić zgodnie z instrukcjami zawartymi w przedmiotowej tabeli.

2. Łączna cena ofertowa brutto musi uwzględniać wszystkie koszty związane z realizacją przedmiotu zamówienia zgodnie z opisem przedmiotu zamówienia oraz wzorem umowy określonym w niniejszej SIWZ.

3. Ceny muszą być podane i wyliczone w zaokrągleniu do dwóch miejsc po przecinku (zasada zaokrąglenia - poniżej 5 należy końcówkę pominąć, powyżej i równe 5 należy zaokrąglić w górę).

4. Cena oferty winna być wyrażona w złotych polskich (PLN).”

W formularzu Kalkulacja ceny ofertowej Część III SOI Gdynia Oksywie ul. Rondo Bitwy pod Oliwą - kotłownia w budynku nr 53, Zamawiający zamieścił następujący opis „kotłownia w budynku nr 53/4001

Cena 1 GJ musi zawierać:

Koszt zakupu opału Koszty zużywanych mediów komunalnych i utylizacji odpadów niebezpiecznych

Koszt wynagrodzenia pracowników** Opłaty za korzystanie ze środowiska inne koszty i parametry cenotwórcze mający wpływ na uzasadnione koszty produkcji ciepła

Fundusz remontowy (remonty, bieżące konserwacje, przygotowanie do sezonów grzewczych

i usuwanie awarii).

DLA W/W KOTŁOWNI ZOSTAŁA USTALONA STAŁA (NIE PODLEGAJĄCA ZMIANIE) W CAŁYM OKRESIE OBOWIĄZYWANIA UMOWY STAWKA ZA FUNDUSZ REMONTOWY W WYSOKOŚCI 12.00 ZŁ BRUTTO/1 GJ

Prognozowane zużycie 2 800 GJ/rok".

Na wniosek wykonawcy o treści „Wykonawca wnioskuję o podanie sprawności każdej poszczegółnej kotłowni objętej postępowaniem i/lub o podanie dla każdej kotłowni objętej postępowaniem ilości zużytego oleju opałowego i wyprodukowanego ciepła w ujęciu miesięcznym i rocznym w okresie ostatnich 24 miesięcy.”, zamawiający udzielił następującej odpowiedzi „w związku z faktem, iż kotłownie są eksploatowane przez firmę zewnętrzną Zamawiający nie może podać ilości oleju opałowego. W załączeniu dane w zakresie ilości GJ, jednak należy wziąć pod uwagę, że są różne sezony zimowe ilości w kolejnych latach mogą być inne.”

Zarzuty podniesione w odwołaniu podlegały oddaleniu.

Wydając wyrok Izba uznała za istotne dla sprawy i rozstrzygające poniższe kwestie.

Odwolujący zarzucił zamawiającemu naruszenie następujących przepisów:

1. art. 226 ust. 1 pkt 8 ustawy Pzp tj. Zamawiający odrzuca ofertę, jeżeli zawiera rażąco niską cenę lub koszt w stosunku do przedmiotu zamówienia
2. art. 224 ust. 1 ustawy Pzp tj. Jeżeli zaoferowana cena lub koszt, lub ich istotne części składowe, wydają się rażąco niskie w stosunku do przedmiotu zamówienia lub budzą wątpliwości zamawiającego co do możliwości wykonania przedmiotu zamówienia zgodnie z wymaganiami określonymi w dokumentach zamówienia lub wynikającymi z odrębnych przepisów, zamawiający żąda od wykonawcy wyjaśnień, w tym złożenia dowodów w zakresie wyliczenia ceny lub kosztu, lub ich istotnych części składowych.

Zarzut naruszenia art. 226 ust. 1 pkt 8 ustawy Pzp jest oczywiście bezzasadny i jako taki podlega odwołaniu. W oparciu o art. 224 ustawy Pzp oraz zgodnie z utrwalonym poglądem doktryny i orzecznictwa, nie dopuszczalne jest odrzucenie oferty jako zawierającej rażąco niską cenę (dalej także RNC) bez uprzedniego wezwania wykonawcy, do złożenia stosownych wyjaśnień składników ceny, założeń przyjętych do ich wyliczenia czy też wskazania okoliczności mających wpływ na wyliczenie ceny. Procedura wyjaśnień w każdym przypadku musi poprzedzać odrzucenie oferty na podstawie art. 226 ust. 1 pkt 8 ustawy Pzp, nie dopuszczalne w tym zakresie są arbitralne decyzje zamawiającego. Mając na uwadze, iż w niniejszej sprawie zamawiający wobec oferty Konsorcjum nie podjął czynności badania oferty pod kątem RNC, a tym samym nie wzywał tego wykonawcy do złożenia wyjaśnień w zakresie wyliczenia ceny, zarzut zaniechania odrzucenia oferty konsorcjum uznać należy za przedwczesny. Zarzut ten znajdowałby uzasadnienie w sytuacji gdyby zamawiający wdrożył procedurę wyjaśnienia ceny, a wykonawca złożył wyjaśnienia nie potwierdzające możliwości wykonania przedmiotu zamówienia za zaproponowaną cenę lub nie złożył ich wcale.

Art. 224 ust. 1 ustawy Pzp, którego naruszenie zarzuca zamawiającemu odwołujący, ustanawia obowiązek zamawiającego zwrócenia się do wykonawcy o udzielenie wyjaśnień oraz złożenie dowodów, dotyczących wyliczenia ceny lub kosztu, jeżeli cena lub koszt oferty, lub ich istotne części składowe w opinii zamawiającego, wydają się rażąco niskie w stosunku do przedmiotu zamówienia lub budzą jego wątpliwości co do możliwości wykonania przedmiotu zamówienia zgodnie z wymaganiami sformułowanymi przez zamawiającego lub wynikającymi z odrębnych przepisów. Norma zawarta w tym przepisie stanowi generalną zasadę wskazującą na podstawę wystąpienia przez zamawiającego do wykonawcy z żądaniem udzielenia wyjaśnień co do podejrzenia rażąco niskiej ceny lub kosztu. Przepis ten nie określa sztywnych reguł, dających podstawę do wystąpienia z takim żądaniem do wykonawcy lecz daje taką sposobność również wówczas gdy zamawiający poweźmie lub powinien powziąć wątpliwości co do możliwości wykonania przedmiotu zamówienia za

zaoferowaną cenę, także w sytuacji, w której wysokość ceny lub kosztu oferty, a nawet jedynie ich istotne części składowe budzą wątpliwości, mimo iż cena całkowita lub koszt nie jest niższa od wartości zamówienia lub średniej arytmetycznej cen złożonych ofert. W zakresie istotnych części zamówienia ważne jest, aby te części miały znaczenie dla całości wyceny przedmiotu zamówienia lub które stanowią przedmiot odrębnego wynagrodzenia przy wynagrodzeniu kosztorysowym. Celem procedury wyjaśniania, o której mowa w art. 224 ust. 1 ustawy Pzp, jest bowiem definitywne rozstrzygnięcie czy dana oferta podlega odrzuceniu na podstawie art. 226 ust. 1 pkt 8 ustawy Pzp.

Ciężar dowodu, że nastąpiło rażące zaniżenie w stosunku do przedmiotu zamówienia, spoczywa na wykonawcy, który ze swoich twierdzeń wywodzi skutek prawny w postaci obowiązku zamawiającego odrzucenia ofert konkurentów (art. 6 k.c. w zw. z art. 8 ust. 1 ustawy Pzp, art. 534 ust. 1 ustawy Pzp). Zgodnie z art. 534 ust. 1 ustawy Pzp strony są obowiązane wskazywać dowody dla stwierdzenia faktów, z których wywodzą skutki prawne. Ciężar dowodu rozumieć należy jako obarczenie strony procesu obowiązkiem przekonania sądu (w tym przypadku Krajowej Izby Odwoławczej) dowodami o słuszności swoich twierdzeń oraz konsekwencjami zaniechania realizacji tego obowiązku, lub jego nieskuteczności. Tą konsekwencją jest zazwyczaj niekorzystny dla strony wynik postępowania. Postępowanie przed Krajową Izbą Odwoławczą toczy się kontrydiktoryjnie, a w postępowaniu o charakterze spornym to strony obowiązane są przedstawiać dowody, a organ orzekający nie ma obowiązku zastępowania stron w jego wypełnianiu. W przypadku zarzutu zaniechania badania ceny oferty lub istotnej części składowej oferty ciężar dowodu nie jest przenoszony na zasadach ustalonych w art. 537 ustawy Pzp w odniesieniu do badania ceny oferty, po udzieleniu wyjaśnień, i nie obciąża wykonawcy, którego oferta miałaby być badana, ani zamawiającego, lecz w całości spoczywa na odwołującym (tak m.in. wyrok Izby w sprawie o sygn. akt KIO 1024/17). Wyjaśnianie ceny oferty lub ceny elementów oferty nie jest czynnością dokonywaną ze względów czysto formalnych, ale ma na celu ochronę zamawiającego przed nienależytym wykonaniem zamówienia w przyszłości z powodu niedoszacowania ceny oferty przez wykonawcę. Stąd od wykonawcy podnoszącego zarzut należałoby oczekiwać wykazania, że wadliwe wycenienie zamówienia może mieć negatywny skutek dla wykonania umowy biorąc pod uwagę wymagania zamawiającego stawiane przedmiotowi zamówienia, w tym zakres, stopień skomplikowania, wymagania techniczne etc.

Izba stwierdziła, iż odwołujący formułując zarzut zaniechania wezwania przystępującego do wyjaśnień, jako jego uzasadnienie faktyczne, przedstawił własne wyliczenie elementów wchodzących w skład ceny przyjmując błędne założenie, iż zamawiający dla spornego zamówienia prognozował zużycie 2 500 GJ/rok, w sytuacji gdy prognozowane zużycie zgodnie z kalkulacją ceny ofertowej wynosi 2800 GJ/rok, co może wpływać na prawidłowość wyliczeń. Izba zważyła, iż odwołujący przedstawił wyliczenia ceny oferty według własnych założeń i metodologii, która nie jest zgodna z przyjętą przez przystępującego. Obrazuje to np. sposób wyliczenia kosztu wynagrodzeń czy też ilości opału. Odwołujący dla wyliczenia ilości opału przyjął określone parametry opału wskazując na jego kaloryczność (42,3 MJ/Kg) czy też sprawność kotłowni (na poziomie 92%). W oparciu o te dane wywiódł wniosek, że dla wyprodukowania 1 GJ konieczne jest zużycie ok.

30 litrów oleju opałowego. Jednocześnie dostrzeżenia wymaga, iż odwołujący na potwierdzenie stawianych w odwołaniu tez w różnych pismach przywołuje różne dane np. w odwołaniu do wyliczeń przyjął kaloryczność opału 42,3 MJ/kg, w piśmie z dn. 15.09.2021 r. 42,6 MJ/kg, załączając jednocześnie jako dowód atest jakościowy nr FC/304/2020 w którym wskazano wartość opałową oleju na poziomie 43 MJ/kg, także gęstość oleju w odwołaniu wskazano 0,86 kg/l, a w ww. atęcie 831,3 kg/m³. Podobnie rzecz się ma ze sprawnością kotłów, w odwołaniu odwołujący przyjął średnio 92%, po czym w piśmie z 20 września 2021 r. wskazuje, że sprawność kotłów wyliczona w raporcie, który zgodnie z jego oświadczeniem dotyczy kotłów obsługiwanych w ramach umów zawieranych z zamawiającym wyliczona jest na 90-93%. Być może różnice w przywoływanych parametrach nie są znaczące, jednakże w ocenie Izby, ich występowanie może prowadzić do wniosku, iż uprawnione było przyjęcie przez przystępującego innych założeń co do poziomów tych parametrów. Szczegółowe parametry przyjęte przez Konsorcjum nie są znane i zamawiający nie wymagał ich przedstawienia w ofercie. Nadmienić należy, iż jak wynika z przedłożonego raportu sprawność kotła zależy również od stopnia mocy na którym on pracuje. Istotny w niniejszej sprawie jest również fakt, iż Zamawiający opisując przedmiot zamówienia nie podał jaki poziom sprawności kotłów należał przyjąć do wyliczenia ceny oferty, nie podał również ilości zużytego oleju opałowego dla każdej z kotłowni w ujęciu historycznym jak i nie podał żadnej prognozy w tym zakresie. W odpowiedzi na pytanie jednego z wykonawców podał jedynie ilości GJ na poszczególnych kotłowniach w ujęciu miesięcznym i rocznym za lata 2019-2020 i za okres od stycznia do maja 2021 r. Zamawiający zastrzegł przy tym, iż są różne sezony zimowe i ilości GJ w kolejnych latach mogą być inne. Tym samym, w dużej mierze to do wykonawcy należało ustalenie czynników mogących mieć znaczenie dla wyceny przedmiotu zamówienia oraz poczynienie i przyjęcie pewnych założeń co do realizacji przedmiotu zamówienia m.in. w zakresie sprawności kotła z uwzględnieniem stopnia mocy w jakim

będzie on pracował, okresów pracy na poszczególnych stopniach mocy czy też parametrów stosowanego opału m.in. wartości opałowej i gęstości, które to parametry mają wpływ na ilość zużywanego opału w celu wyprodukowania jednego GJ energii cieplnej. Przystępujący stwierdził, iż uczynił to na podstawie danych zawartych w SWZ, czyli ilości GJ, jak i własnych długoletnich doświadczeń zdobytych podczas pracy związanej z eksploatacją urządzeń grzewczych.

Wobec tak ukształtowanych postanowień SWZ i wobec szeregu zmiennych mogących wpływać na wyliczenie ceny, a pozostających w obszarze dopuszczalnego ryzyka wykonawcy w kalkulowaniu oferty nie sposób stwierdzić, iż odwołujący wykazał, iż zaistniały okoliczności uzasadniające wezwanie przystępującego do wyjaśnienia ceny jego oferty.

Jednocześnie, Izba wskazuje, iż przystępujący tylko w celach porównawczych odwołał się do zlecenia z 6 WOG w Ustce, nie stwierdził w zgłoszeniu przystąpienia, iż na podstawie danych tam pozyskanych skalkulował niniejszą ofertę, tym samym dowody i wyliczenia przedstawiane przez odwołującego na okoliczność zużycia paliwa w kotłowniach 6 WOG w Ustce są bezprzedmiotowe dla rozstrzygnięcia niniejszej sprawy. Dostrzeżenia wymaga, za przystępującym, iż choć odwołujący wskazuje, iż jest eksploatatorem systemu będącego przedmiotem niniejszego postępowania od 2016 r. nie przedstawił dowodów na zużycie paliwa w tych właśnie kotłowniach - chociaż to na nim spoczywał ciężar dowodu, a przedstawiał dokumenty i wyliczenia związane z zużyciem paliwa w kotłowniach „podobnych”.

W ocenie Izby bez znaczenia dla niniejszej sprawy są przedkładane przez odwołującego kalkulacje ceny konsorcjum z innych postępowań, gdyż nie zostały one przygotowane w oparciu o dokumentację niniejszego postępowania.

Izba wzięła pod uwagę, że ceny oferowane przez wykonawców w niniejszym postępowaniu w zasadniczo nie różniły się znacząco - (oferta Konsorcjum to 109,28 zł/GJ, oferta wykonawcy EKO-TECH 120/GJ, a oferta odwołującego to 130 zł/GJ). Jedynie czwarta z ofert zawierająca cenę 156 zł/GJ odbiega od przeciętnego poziomu cen, zawyżając przy tym ich średnie poziomy. Okoliczność tę starał się wykorzystać odwołujący, dla stworzenia wrażenia znacznej dysproporcji pomiędzy ofertami posługując się w tym celu w treści odwołania wyliczeniem średniej arytmetycznej z cen ofert bez uwzględnienia oferty Konsorcjum.

Wobec powyższego, w ocenie Izby odwołujący nie wykazał istnienia okoliczności, które powinny wzbudzić w zamawiającym uzasadnione wątpliwości co do rzetelności kalkulacji ceny oferty Konsorcjum i ewentualnego wystąpienia w ofercie przystępującego rażąco niskiej ceny, w wyniku których konieczne byłoby wezwanie tego wykonawcy do wyjaśnienia ceny oferty.

W konkretnych okolicznościach sprawy Izba, wobec wyników postępowania dowodowego, stwierdziła niezasadność zarzutu naruszenia art. 224 ust.1 ustawy Pzp, poprzez zaniechanie wezwania przystępującego do udzielenia wyjaśnień i złożenia dowodów dotyczących wyliczenia ceny.

Mając na uwadze wszystko powyższe Izba uznała, że odwołanie podlega oddaleniu

O kosztach postępowania odwoławczego orzeczono stosownie do jego wyniku na podstawie art. 557 i 575 ustawy Pzp oraz § 5 pkt 1 i 2 lit. b) w zw. z § 8 ust. 2 pkt 1 Rozporządzenia Prezesa Rady Ministrów w sprawie szczegółowych rodzajów kosztów postępowania odwoławczego, ich rozliczania oraz wysokości i sposobu pobierania wpisu od odwołania z dnia 30 grudnia 2020 r. (Dz. U. z 2020 r. poz. 2437).