

WYROK

z dnia 8 października 2021 r.

Krajowa Izba Odwoławcza - w składzie:

Przewodniczący: Aleksandra Patyk

Protokolant: Szymon Grzybowski

po rozpoznaniu na rozprawie w dniu 5 października 2021 r. w Warszawie odwołania wniesionego do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej w dniu 31 sierpnia 2021 r. przez wykonawcę Z.D. prowadzący działalność gospodarczą pod nazwą Usługi Transportowe i Handel w Tłuszczu w postępowaniu prowadzonym przez Przedsiębiorstwo Gospodarki Komunalnej „Żyrardów” Sp. z o.o. z siedzibą w Żyrardowie

przy udziale wykonawcy G.J. prowadzący działalność gospodarczą pod nazwą EUROPOL w Dębowej Górze zgłaszającego swoje przystąpienie do postępowania odwoławczego w sprawie o sygn. akt: KIO 2587/21 po stronie Zamawiającego

orzeka:

1. Oddala odwołanie.

2. Kosztami postępowania obciąża Odwołującego - wykonawcę Z.D. prowadzący działalność gospodarczą pod nazwą Usługi Transportowe i Handel w Tłuszczu i:

2.1. zalicza w poczet kosztów postępowania odwoławczego kwotę 10 000 zł 00 gr (słownie: dziesięć tysięcy złotych zero groszy) stanowiącą koszty poniesione przez Odwołującego - wykonawcę Z.D. prowadzący działalność gospodarczą pod nazwą Usługi Transportowe i Handel w Tłuszczu tytułem wpisu od odwołania;

2.2. zasądza od Odwołującego - wykonawcy Z.D. prowadzący działalność gospodarczą pod nazwą Usługi Transportowe i Handel w Tłuszczu na rzecz Zamawiającego - Przedsiębiorstwo Gospodarki Komunalnej „Żyrardów” Sp. z o.o. z siedzibą w Żyrardowie 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. 579 ust. 1 i 580 ust. 1 i 2 ustawy z dnia 11 września 2019 r. Prawo zamówień publicznych (t.j. Dz. U. z 2021 r., poz. 1129 z późn. 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.

Przewodniczący:

Sygn. akt: KIO 2587/21

Zamawiający - Przedsiębiorstwo Gospodarki Komunalnej „Żyrardów” Sp. z o.o. z siedzibą w Żyrardowie [dalej „Zamawiający”] prowadzi postępowanie o udzielenie zamówienia publicznego w trybie podstawowym, o którym mowa w art. 275 pkt 1 ustawy Pzp na zamknięcie i rekultywację składowiska odpadów w miejscowości Słabomierz-Krzyżówka (znak postępowania: ZP.26.GO.16.2021).

Ogłoszenie o zamówieniu zostało zamieszczone w Biuletynie Zamówień Publicznych w dniu 11 czerwca 2021 r. pod numerem 2021/BZP 00080796/01.

W dniu 31 sierpnia 2021 r. wykonawca Z.D. prowadzący działalność gospodarczą pod nazwą Usługi Transportowe i Handel w Tłuszczu [dalej „Odwołujący”] wniósł odwołanie zarzucając Zamawiającemu naruszenie:

1. art. 226 ust. 1 pkt 8 ustawy Pzp poprzez uznanie, iż oferta Odwołującego zawiera rażąco niską cenę podczas gdy oferta została skalkulowana poprawnie i spełnia wszystkie wymogi Zamawiającego;
2. art. 253 ust. 1 pkt 1 ustawy Pzp poprzez uznanie, iż oferta złożona przez Europol G.J. jest ofertą najkorzystniejszą w niniejszym Postępowaniu.

Wobec ww. zarzutów Odwołujący wniósł o nakazanie Zamawiającemu:

1. unieważnienie czynności polegającej na wyborze oferty złożonej przez Europol G.J.;
2. powtórzenia czynności badania i oceny ofert z uwzględnieniem zarzutów podniesionych

w odwołaniu;

3. przewrócenia oferty Odwołującego jako prawidłowej i niezawierającej rażąco niskiej ceny.

W uzasadnieniu odwołania Odwołujący przedstawił stan faktyczny sprawy.

Odwołujący wskazał, iż w odpowiedzi na wezwanie Zamawiającego do złożenia wyjaśnień w zakresie ceny oferty przedstawił wyczerpujące wyjaśnienia, odpowiedział na pytania Zamawiającego, wskazał na technologię rekultywacji składowiska odpadów, ponadto podał informacje w zakresie posiadanych materiałów do wykonania warstwy glebotwórczej, które nie muszą być nabywane pod to konkretne zamówienie. Dodatkowo wyjaśnienia wykonawcy zostały opatrzone szczegółowym kosztorysem wykonania zamówienia. W ocenie Odwołującego Zamawiający przyjął te wyjaśnienia.

Odwołujący wskazał, że w dniu 23 lipca 2021 r. do Wykonawcy wpłynęło pytanie w trybie art. 223 ust. 1 ustawy Pzp. Przedmiotowe pytania Odwołujący zignorował, gdyż dotyczyły one nie wyjaśnień treści złożonej oferty a wyjaśnień do wyjaśnień w zakresie rażąco niskiej ceny. Odpowiedzi na pytania nie wnosiły nowych informacji gdyż w odpowiedzi z dnia 12 lipca 2021 r. w kosztorysie poz. 4 wskazano Wykopy oraz przekopy wykonywane koparkami przedsięwziętymi 0.40 m3 na odkład w gruncie kat.III (zakup bentonitu i przemieszanie gliny z bentonitem w proporcji 10 kg/m2 powierzchni) cena 57 750 zł. W treści wyjaśnień „Warstwa glebotwórcza wykonana będzie z materiału zapewniającego odpowiednią wodoprzepuszczalność, co eliminuje konieczność stosowania piasku jako warstwy drenażowej. Materiał do wykonania warstwy glebotwórczej, wykonawca również ma zmagazynowany i na bieżąco uzupełniany.” Odnośnie pytania drugiego Zamawiający na etapie prowadzonego postępowania może żądać dokumentów przedmiotowych lub podmiotowych, które wskazał w Specyfikacji Warunków Zamówienia lub ogłoszeniu o zamówieniu. Skoro Zamawiający żądanych od Odwołującego dokumentów nie wymienił w SWZ, to Odwołujący nie był zobowiązany do ich złożenia. Odwołujący wskazał, iż wezwaniu z dnia 23 lipca 2021 r. nie miało żadnych podstaw faktycznych ani prawnych a Odwołujący nie był zobowiązany do reakcji na tak zadane pytania.

W uzasadnieniu odrzucenia oferty Odwołującego Zamawiający wskazał, że wyjaśnienia są nie do przyjęcia. Dalsza argumentacja Zamawiającego dotyczy rzekomej niezgodności ofert Odwołującego z treścią SWZ, jednak zarzutu w tym zakresie Zamawiający nie sformułował. Błędnie przyjął Zamawiający, że Odwołujący będzie przerabiał odpady na produkty gotowe. Jak wskazał Zamawiający w pytaniu nr 3 z dnia 16.06.2021 „nie przewiduje się wykorzystania odpadów do celów rekultywacji w niniejszym postępowaniu”. Pytanie dotyczyło możliwości wykorzystania odpadu na cele rekultywacji a nie na wyprodukowanie produktów gotowych jak to opisał Odwołujący w procesie R5. Ponadto uzasadnienie odrzucenia wskazuje na nierealność procesu mieszania materiałów na koronie składowiska. Żaden z zapisów SWZ nie zabraniał przyjęcia takiego procesu wykonywania zamówienia. Ponadto Zamawiający wskazał, iż Odwołujący pominął w wycenie ułożenie warstwy drenażowej - jednak wynagrodzenie w postępowaniu ma charakter ryczałtowy, zatem pominięcie w wycenie ma charakter uchybienia a nie niezgodności z treścią swz. W wyjaśnieniach do SWZ jak również w samej SWZ Zamawiający wskazał, iż decyzja w zakresie rezygnacji z piasku należy do jego decyzji, o ile warstwa spełnia warunki przepuszczalności. Odwołujący mając na względzie swoje doświadczenie tak przygotowuje mieszankę aby spełniała ona wymogi przepuszczalności, bez konieczności stosowania do tego piasku.

Odwołujący wskazał, iż nie dołączył do wyjaśnień dowodów w postaci ofert, katalogów i tego typu dokumentów, gdyż materiał niezbędny do wykonania zamówienia posiada w siedzibie, dysponuje odpowiednim sprzętem oraz osobami niezbędnymi do wykonania zamówienia. W ocenie Odwołującego wystarczającymi były wyjaśnienia Odwołującego wraz z wypełnionym kosztorysem.

Oferta Odwołującego jest faktycznie najtańszą ofertą w postępowaniu co nie czyni jej z automatu ofertą z rażąco niską ceną. Cena w wysokości 1 131 600,00 zł jest jak najbardziej ceną rynkową. Ceny ofert złożonych w postępowaniu można podzielić na dwie

grupy - ceny niskie i wysokie. Cena oferty Odwołującego mieści się w grupie cen niskich (1 131 600,00 zł, 1 204 170,00 zł, 1 324 710,00 zł i 1 568 250,00 zł). Trudno tu zatem mówić o drastycznym odstępstwie. Grupa cen niskich to oferty pochodzące od wykonawców oddalonych od Zamawiającego do 100 km, natomiast grupa cen ofert wysokich to wykonawcy oddaleni od siedziby Zamawiającego pow. 100 km. Dla wykonawców zwłaszcza tych z grupy cen wysokich myląca mogła być informacja o szacowaniu wartości zamówienia. Zamawiający przeznaczył na sfinansowanie zamówienia kwotę 1 599 000,00 zł zatem cena oferty na poziomie 1 131 600,00 zł odbiega od kwoty o 29%. Relacja szacowanej wartości zamówienia do kwoty jaką Zamawiający przeznaczył na sfinansowanie zamówienia

wskazywać może na nieprawidłowość szacowania lub celowe zawyżenie wartości zamówienia aby w przyszłości Zamawiający mógł mieć instrument do instrumentalnego korzystania z instytucji rażąco niskiej ceny. W ocenie Odwołującego oferta przez niego złożona nie zawiera rażąco niskiej ceny, cena została skalkulowana z uwzględnieniem wszystkich wymagań Zamawiającego, a Zamawiający w toku badania i oceny ofert pochopnie dokonał odrzucenia oferty.

Zamawiający w odpowiedzi na odwołanie z dnia 1 października 2021 r. wniósł o oddalenie odwołania w całości oraz zasądzenie od Odwołującego na rzecz Zamawiającego kosztów postępowania odwoławczego.

Zamawiający wskazał, że Wykonawca w odpowiedzi na wezwanie Zamawiającego w zakresie rażąco niskiej ceny z dnia 6 lipca 2021 roku, w piśmie z dnia 12 lipca 2021 r. wyraźnie wskazał, że cyt.: „posiada niezbędne decyzje administracyjne, uprawniające do przetwarzania odpadów na produkt gotowy do wbudowania” (dotyczy materiału na warstwę uszczelniającą i glebotwórczą). Produkt wytwarzany jest w procesie R5 „Recykling lub odzysku innych materiałów nieorganicznych”. Technologia rekultywacji składowiska została określona w dokumentacji technicznej, a nie na podstawie wskazania, czy oczekiwania Wykonawcy.

Dodatkowo podczas obowiązkowej wizji lokalnej dla Wykonawców w dniu 16 czerwca 2021 r., w której Odwołujący uczestniczył, Zamawiający (w tym Projektant) podczas wizji udzielił precyzyjnej odpowiedzi w zakresie stosowanych materiałów (pytanie nr 3). W związku z wyczerpującymi odpowiedziami Zamawiającego dalszych pytań/wątpliwości od Wykonawców na etapie prowadzonego postępowania co do SWZ nie było.

Odnosząc się do zarzutów Odwołującego, a dotyczących pominięcia zdaniem Zamawiającego przez Odwołującego w wycenie ułożenia warstwy drenażowej wskazać należy, iż nie jest to uchybienie, jak próbuje argumentować Odwołujący, a niezgodność z treścią SWZ. Zamawiający wskazał, iż decyzja w zakresie rezygnacji z piasku należy do jego decyzji, o ile warstwa spełnia warunki przepuszczalności, co potwierdzał będzie w przeprowadzanych badaniach. Niemniej jednak ułożenie tej warstwy powinno być uwzględnione w kosztorysie ofertowym, gdyż wynika to ze SWZ, a jej nieuwzględnienie jest znaczącym odstępstwem od warunków określonych w Specyfikacji. To do Zamawiającego w późniejszym etapie postępowania i/lub realizacji zamówienia, a nie do Odwołującego — Oferenta na etapie kalkulowania oferty należy decyzja w zakresie wyboru pozycji SWZ do wykonania wraz ze sposobem ich wykonania.

Zamawiający wskazał, że materiały do wykonania przedmiotu zamówienia powinny spełniać wymagania tego konkretnego zamówienia, bez stosowania materiałów pochodzących z odzysku. Rodzaj materiału/pochodzenie materiałów, który Wykonawca chce użyć, nie został określony w wyjaśnieniach, a tym samym nie był ujęty w kosztorysie inwestorskim. Z uwagi na budzące wątpliwości odpowiedzi Wykonawcy, Zamawiający w dniu 23 lipca 2021 r. wezwał Wykonawcę do wyjaśnień, tj. wskazania, czy w sporządzonym przed Odwołującego kosztorysie inwestorskim zostały uwzględnione koszty zakupu bentonitu, który jest materiałem droгим, a z pisma Odwołującego nie wynika, że ma to obniżyć koszt prac, jak również do przedstawienia posiadanych przed Odwołującego decyzji administracyjnych uprawniających do przetwarzania odpadów na produkt gotowy do wbudowania w warstwę uszczelniającą i glebotwórczą. Wyjaśnień Odwołujący miał udzielić do dnia 28 lipca 2021 r. za pośrednictwem platformy zakupowej. Odwołujący nie udzielił jednak odpowiedzi, argumentując w odwołaniu, że zignorował wezwanie Zamawiającego, gdyż podstawa prawna dotyczyła wyjaśnienia treści oferty w trybie art. 223 ust. 1, a nie rażąco niskiej ceny w trybie art. 224 ust. 1. Jednakże z treści w/w pisma wynika, że Zamawiający powziął wątpliwość wyjaśnień złożonych na wezwanie Zamawiającego w zakresie rażąco niskiej ceny - co wynika zarówno z treści wezwania w zakresie rażąco niskiej ceny z dnia 6 lipca 2021 r., jak i wezwania z dnia 23 lipca 2021 roku. Zamawiający w wezwaniu z dnia 23 lipca 2021 r. omyłkowo jako podstawę prawną wskazał art. 223 ustawy Pzp, zamiast prawidłowo art. 224 ustawy Pzp, jednak była to jedynie omyłka pisarska. Podobną treść pisma Zamawiający wysłał do G.J. prowadzącego działalność gospodarczą pod firmą EUROPOL G.J., na którą udzielił wyczerpującej odpowiedzi wraz z dowodami - np. koncesją na wydobycie kruszyw z kopalni.

W związku z brakiem odpowiedzi od firmy Usługi Transportowe i Handel Z.D. na wezwanie z dnia 23 lipca 2021 roku, Zamawiający stwierdził, że materiał, który został wskazany w wyjaśnieniach jest materiałem bardzo wątpliwym, w porównaniu do materiału naturalnego pochodzącego z kopalni. Wykonawca nie przedłożył dowodów potwierdzających przydatność materiałów do przetworzenia odpadów na produkt gotowy do wbudowania kserokopii posiadanych zezwoleń/decyzji administracyjnych uprawniających do przetwarzania odpadów na produkt gotowy do wbudowania w warstwę uszczelniającą i glebotwórczą. Materiał pochodzący z recyklingu w przeważającej mierze jest bardzo

niejednorodny i trudny do kontroli zarówno w odniesieniu do parametrów fizyczno-filtracyjnych (znaczną zmienność uziarnienia), jak i prawdopodobną zawartość zanieczyszczeń chemicznych nieświadomego pochodzenia (w tym potencjalnie substancji niebezpiecznych), którą należałoby wykluczyć w oparciu o wykonywanie kosztownych analiz chemicznych dla bardzo dużej liczby próbek dostarczanego materiału. Można również domniemywać, że materiał jest nieznanego pochodzenia, co również znacznie zwiększa zakres możliwych zanieczyszczeń zawartych w takim materiale. W przypadku niespełnienia wymagań w zakresie materiałów, Inspektor Nadzoru będzie żądał, przeprowadzenia na koszt Wykonawcy badań kontrolnych materiałów, które w znacznym stopniu również wpłyną na dodatkowe koszty realizacji robót (dla Wykonawcy). Zamawiający przypuszczał, że Wykonawca za wszelką cenę chce przystąpić do realizacji niniejszego zamówienia, w celu pozbycia się odpadów/gruntów zanieczyszczonych, które ma zmagazynowane w nadmiarze.

Zamawiający dodał, że w przypadku mieszania gruntu z bentonitem na koronie składowiska, która jest bardzo odkształcalna, niezbędne byłoby wykonanie dodatkowej warstwy pośredniej/wyrównawczej pomiędzy odpadami a warstwą gruntu mieszane go ograniczającej odkształcenia odpadów na koronie składowiska podczas przejazdu maszyny i prawidłowe wykonanie mieszania. Wobec powyższego Zamawiający wykluczył mieszanie materiałów na koronie składowiska, co potwierdza również Projektant.

Zamawiający ponadto wskazał, że Wykonawca w podanym kosztorysie inwestorskim wskazał cenę materiałów na warstwę uszczelniającą i warstwę glebotwórczą znacznie poniżej cen rynkowych. Natomiast G.J. prowadzący działalność gospodarczą pod firmą EuroPol G.J., który ma własną kopalnię,

w kosztorysie inwestorskim wskazał realną cenę dla w/w warstw (znacznie wyższą od ceny Odwołującego i znacznie niższą od ceny przewidywanej przez Odwołującego). Poza tym Odwołujący na potwierdzenie zaoferowanej ceny w kwocie 1.131.600,00 zł przedstawił w kosztorysie ofertowym kalkulację kwoty, która znacznie odbiega od zaoferowanej ceny w formularzu ofertowym.

W związku z powyższym potwierdza się teza Zamawiającego, że Odwołujący za wszelką cenę chce uzyskać niniejsze zamówienie, zaniżając ceny, co niesie za sobą zagrożenie należytego wykonania zamówienia lub nawet niewykonania zamówienia.

Zamawiający stwierdził, iż niespójność dokumentacji Wykonawcy ze złożonym odwołaniem na czynności Zamawiającego budzą wątpliwości Zamawiającego, co do rzetelnego i prawidłowego wykonania przedmiotu zamówienia, a które na etapie realizacji zamówienia Wykonawca musiałby wykazać oraz przedstawić dokumenty i parametry materiałów, które zamierza wbudować. Takie postępowanie Odwołującego powoduje obniżenie jego wiarygodności i budzi duże wątpliwości Zamawiającego co do należytego wykonania przedmiotu zamówienia.

W świetle powyższego, Wykonawca w udzielonych wyjaśnieniach nie udowodnił Zamawiającemu, że jego cena ofertowa jest realna, wiarygodna, tzn., że z tytułu realizacji zamówienia i pozyskanego za nie wynagrodzenia, przy zachowaniu należytej staranności realizacji robót, nie będzie ponosił strat (wyrok KIO z dnia 9 marca 2015., sygn. akt KIO

343/15).

Zamawiający podkreślał, że w ramach procedury badania ceny oferty nie chodzi o złożenie jakichkolwiek wyjaśnień, lecz takich wyjaśnień, które w sposób niebudzący wątpliwości pozwalają na ocenę oferty pod względem zaoferowania rażąco niskiej ceny. Wskazówką dla wykonawcy składającego wyjaśnienia winien być przepis art. 90 ust. 3 ustawy Pzp - aktualnie 224 ustawy Pzp, w którym jest mowa nie tylko o złożonych wyjaśnieniach, ale również o dowodach na ich potwierdzenie. Oczywiście jest zatem, że przedstawione wyjaśnienia winny być nie tylko konkretne i przekonujące, ale również - w sytuacji, gdy same wyjaśnienia nie są wystarczające - poparte stosownymi dowodami. Zdaniem Zamawiającego Odwołujący w żadnym razie nie wykazał, iż jego ceny nie można uznać, za rażąco niską.

Po przeprowadzeniu rozprawy z udziałem Stron i Uczestnika postępowania odwoławczego, na podstawie zebranego materiału w sprawie oraz oświadczeń i stanowisk Stron i Uczestnika, Krajowa Izba Odwoławcza ustaliła i zważyła, co następuje:

Na wstępie Izba ustaliła, że nie została wypełniona żadna z przesłanek, o których stanowi art. 528 ustawy Pzp, skutkujących odrzuceniem odwołania.

Izba oceniła, że Odwołujący posiada interes w uzyskaniu zamówienia oraz możliwość poniesienia szkody w związku z ewentualnym naruszeniem przez Zamawiającego przepisów ustawy Pzp, czym wypełnił materialnoprawną przesłankę dopuszczalności odwołania, o której mowa w art. 505 ust. 1 ustawy Pzp.

Zamawiający w dniu 2 września 2021 r. powiadomił wykonawców o wniesionym odwołaniu.

Izba dopuściła do udziału w postępowaniu odwoławczym wykonawcę G.J. prowadzący działalność gospodarczą pod nazwą EUROPOL w Dębowej Górze zgłaszającego przystąpienie do postępowania odwoławczego w dniu 4 września 2021 r. po stronie Zamawiającego.

Przy rozpoznawaniu przedmiotowej sprawy Izba uwzględniła dokumentację postępowania o udzielenie zamówienia przekazaną przez Zamawiającego, w szczególności ogłoszenie o zamówieniu, SWZ wraz z załącznikami oraz wyjaśnieniami i modyfikacjami, ofertę Odwołującego wraz z wyjaśnieniami ceny z dnia 12 lipca 2021 r., wezwania skierowane do Odwołującego pismem z dnia 6 i 23 lipca 2021 r. oraz zawiadomienie o wyborze oferty najkorzystniejszej oraz odrzuceniu oferty Odwołującego z dnia 26 sierpnia 2021 r.

Skład orzekający Izby wziął pod uwagę również stanowiska i oświadczenia Stron i Uczestnika postępowania odwoławczego złożone w pismach, a także ustnie do protokołu posiedzenia i rozprawy w dniu 5 października 2021 r.

Izba zaliczyła w poczet materiału sprawy dowody złożone przez Odwołującego, tj. ofertę na zakup bentonitu z dnia 29.07.2021 r.

Izba ustaliła, co następuje:

Zamawiający w opisie przedmiotu zamówienia (rozdział V SWZ) ustalił, że w dniu 16.06.2021 r. o godz. 10:00 na terenie siedziby Zamawiającego odbędzie się obowiązkowa wizja lokalna, której celem będzie sprawdzenie przez Wykonawców miejsca oraz warunków i zakresu związanego z realizacją przedmiotu zamówienia. Zamawiający postanowił, iż w związku z tym, iż Zamawiający wymaga odbycia wizji lokalnej, oferta złożona bez odbycia takiej wizji podlegać będzie odrzuceniu na podstawie art. 226 ust. 1 pkt 18 ustawy Pzp.

Zgodnie z wyjaśnieniami udzielonymi przez Zamawiającego w dniu 16 czerwca 2021 r. podczas wizji lokalnej Zamawiający dokonał jednocześnie modyfikacji SWZ:

- pytanie 3: Czy Zamawiający ma pozwolenie na przetwarzanie odpadów, czy w ramach pozwolenia można wykorzystać odpad w celu rekultywacji?

Odpowiedź: Tak, Zamawiający posiada stosowne pozwolenie, jednak nie przewiduje wykorzystywania odpadów do celów rekultywacji składowiska w ramach niniejszego postępowania.

- pytanie 8: Zgodnie z punktem 9 przedmiaru robót jakiej grubości ma być glina, piasek, walek?

Odpowiedź: Glina 0,5 m - warstwa uszczelniająca, warstwa glebotwórcza/humusowa 0,3 m. Zapis ze specyfikacji materiał gruntowy dostarczany na warstwę glebotwórczą - gleba lub kompost. W zależności od zastosowanego materiału na warstwę glebotwórczą możliwe będzie odstępianie od wykonania warstwy odsączającej (drenażowej) z gruntu niespoistego (piasku) lub dowożony grunt zostanie wymieszany z piaskiem w celu poprawienia jego przepuszczalności. Warstwa odsączająca - piasek 0,15 m - w zależności od materiału dowożonego. Walek, zapis ze specyfikacji: walek na koronie składowiska z warstwy glebotwórczej o wysokości 0,3 m, szerokości w koronie 0,5 m, nachyleniu skarp 1:3, szerokości na podstawie 2,3 m i o długości wałka 700 m.

Wartość szacunkowa zamówienia powiększona o VAT stanowiła kwotę 3 286 896,75 zł. W przedmiotowym postępowaniu o udzielenie zamówienia oferty złożyło siedmiu wykonawców. Odwołujący złożył ofertę z ceną 1 131 600 zł. Średnia arytmetyczna cen złożonych ofert niepodlegających odrzuceniu na podstawie art. 226 ust. 1 pkt 1 i 10 ustawy Pzp stanowiła 1 925 229,46 zł.

Z powyższego wynika, iż cena oferty Odwołującego stanowiła ok. 35% wartości szacunkowej wartości zamówienia powiększonej o VAT oraz ok. 59% średniej arytmetycznej cen złożonych ofert niepodlegających odrzuceniu na podstawie art. 226 ust. 1 pkt 1 i 10

ustawy Pzp.

Pismem z dnia 6 lipca 2021 r. Zamawiający wezwał Odwołującego do złożenia wyjaśnień ceny oferty, w tym złożenia dowodów, w zakresie wyliczenia ceny. W ww. piśmie Zamawiający wskazał, iż cena oferty Odwołującego wydaje się rażąco niska w stosunku do przedmiotu zamówienia i budzi wątpliwości Zamawiającego co do możliwości wykonania przedmiotu zamówienia zgodnie z wymaganiami określonymi przez Zamawiającego lub wynikającymi z odrębnych przepisów. Ponadto cena oferty jest niższa o ponad 30% od wartości zamówienia powiększonej o VAT i niższa co najmniej o 30% od średniej arytmetycznej cen wszystkich złożonych ofert niepodlegających odrzuceniu na podstawie art. 226 ust. 1 pkt 1 i 10 ustawy Pzp. W związku z powyższym Zamawiający zwrócił się o wyjaśnienie, czy oferta Odwołującego uwzględnia wszystkie wymagania zawarte w SWZ, w tym w warunkach umowy/OPZ, a zaferowana cena obejmuje całkowity koszt wykonania przedmiotu zamówienia, w tym również dodatkowe materiały: grunt na warstwę uszczelniającą i glebotwórczą, nawóz z transportem, trawę, gorczycę i koniczynę białą - do obsiewu. Zamawiający zwrócił się o przedłożenie informacji i rozbić kosztów dotyczących ceny w poszczególne pozycje kosztorysu/kalkulacji, który Zamawiający załącza. Jednocześnie Zamawiający zwrócił się o udzielenie wyjaśnień w zakresie uwzględnienia elementów mających wpływ na wartość ww. pozycji, w kwestiach: 1. Czy i w jaki sposób wykonawca uwzględnił w cenie dodatkowe materiały, tj. grunt na warstwę uszczelniającą i glebotwórczą, nawóz z transportem, trawę, gorczycę i koniczynę białą - do obsiewu? 2. Skąd wykonawca zamierza pozyskać materiał budowlany zgodnie ze specyfikacją? Zamawiający prosił o wyczerpującą i szczegółową informację w odniesieniu do ww. pytań. Jednocześnie Zamawiający poinformował, że wykonawca w celu udokumentowania, że cena jego oferty nie jest niska może wykazać się obiektywnymi czynnikami ujętymi w art. 224 ust. 3 ustawy Pzp.

W piśmie z dnia 12 lipca 2021 r. Odwołujący wskazał, że wyceniając przedmiotowe zamówienie Wykonawca wziął pod uwagę wszystkie materiały i robociznę niezbędną do wykonania robót, w tym roboty związane z przemieszczeniem odpadów, dostarczenie wraz z wbudowaniem materiału na warstwę uszczelniającą spełniającego wymagania SWZ, który wykonawca ma zmagazynowany. Transport i wyładunek materiału na warstwę uszczelniającą odbywał się będzie bezpośrednio na koronę składowiska gdzie dostarczony materiał mieszany będzie z bentonitem i bezpośrednio wbudowywany w warstwę uszczelniającą, co ma wpływ na zmniejszenie kosztów wykonania w/w warstwy. Warstwa glebotwórcza wykonana będzie z materiału zapewniającego odpowiednią wodoprzepuszczalność, co eliminuje konieczność stosowania piasku jako warstwy drenażowej. Materiał do wykonania warstwy glebotwórczej, wykonawca również ma zmagazynowany i na bieżąco uzupełniany. W ramach wyceny i kalkulacji powyższego postępowania Wykonawca uwzględnił dostarczenie i wysianie nawozu, a także nasiona traw, gorczycy i koniczyny białej z wysiewem. Wykonawca w ramach prowadzonej działalności posiada niezbędne decyzje administracyjne, uprawniające do przetwarzania odpadów na produkt gotowy do wbudowania (dotyczy materiału na warstwę uszczelniającą i glebotwórczą). Produkt wytwarzany jest w procesie R5 „Recykling lub odzysk innych materiałów nieorganicznych”. Zgodnie z ustawą z dnia 14 grudnia 2012 r. o odpadach, proces R5 obejmuje oczyszczanie gruntu prowadzące do odzysku gruntu i recykling nieorganicznych materiałów budowlanych. W załączeniu do niniejszego pisma Odwołujący przedstawił szczegółowy kosztorys wykonania przedmiotowego zamówienia.

Pismem z dnia 23 lipca 2021 r. Zamawiający wezwał Odwołującego na podstawie art. 223 ust. 1 ustawy Pzp do udzielenia wyjaśnień dotyczących innych dokumentów, złożonych w toku postępowania w zakresie wyjaśnień rażąco niskiej ceny. Zamawiający zwrócił się o udzielenie wyjaśnień dotyczących następujących kwestii:

1. czy w sporządzonym kosztorysie inwestorskim zostały uwzględnione koszty zakupu bentonitu, który został przewidziany do wbudowania w warstwę uszczelniającą. Zamawiający wskazał, iż bentonit jest dość drogim materiałem a z wyjaśnień wykonawcy wynika, że ma to obniżyć koszty prac, co jest dla Zamawiającego niezrozumiałe;
2. w związku ze wskazaniem faktu posiadania przez Wykonawcę niezbędnych decyzji administracyjnych uprawniających do przetwarzania odpadów na produkt gotowy do wbudowania w warstwę uszczelniającą i glebotwórczą Zamawiający zwrócił się o załączenie kserokopii posiadanych zezwoleń.

Odwołujący nie odpowiedział na ww. wezwanie Zamawiającego.

W dniu 26 sierpnia 2021 r. Zamawiający zawiadomił wykonawców o wyborze jako najkorzystniejszej oferty wykonawcy G.J. prowadzący działalność gospodarczą pod nazwą EUROPOL G.J. Jednocześnie Zamawiający zawiadomił o odrzuceniu oferty Odwołującego na podstawie art. 226 ust. 1 pkt 8 ustawy Pzp jako zawierającej rażąco niską cenę w stosunku do przedmiotu zamówienia (złożone przez wykonawcę wyjaśnienia nie uzasadniają

podanej w ofercie ceny). Zamawiający wskazał, iż zamierza przeznaczyć na realizację zamówienia: 1 599 000 zł. Wartość złożonej oferty przez Wykonawcę wynosi 1 131 600 zł brutto, co stanowi 34,43% ustalonej przez Zamawiającego wartości szacunkowej zamówienia, powiększonej o należny podatek od towarów i usług (wynoszącej 3 286 896,75 zł) oraz 58,78% średniej arytmetycznej cen wszystkich złożonych ofert niepodlegających odrzuceniu na podstawie art. 226 ust. 1 pkt 1 i 10 ustawy, wynoszącej 1 925 229,46 zł.

W dniu 6 lipca 2021 r. Zamawiający na podstawie art. 224 ust. 1 i ust. 2 ustawy Pzp wystąpił do Odwołującego z prośbą o udzielenie wyjaśnień, w tym złożenie dowodów dotyczących wyliczenia ceny oferty. Złożone przez Wykonawcę wyjaśnienia z dnia 12 lipca 2021 r. o godz. 10.30 dotyczące wyliczenia ceny oferty, złożone w postaci kosztorysu ofertowego, w tym szczegółowy opis proponowanej metody rekultywacji i zamknięcia składowiska odpadów poprzez wykorzystanie odpadów w procesie R5 „Recykling i odzysk innych materiałów nieorganicznych” - przetwarzanie odpadów na produkt gotowy są w ocenie Zamawiającego nie do przyjęcia. Zamawiający podczas wizji lokalnej wyjaśnił w pytaniu nr 3, z dnia 16 czerwca 2021 r., że nie przewiduje wykorzystania odpadów do celów rekultywacji w niniejszym postępowaniu. Wraz ze złożonymi wyjaśnieniami Wykonawcy, Zamawiający (w porozumieniu z Projektantem) stwierdził, że nie ma fizycznej możliwości mieszania materiałów (gruntu z bentonitem) na koronie składowiska oraz, że Zamawiający nie dysponuje takim miejscem na koronie składowiska do mieszania materiałów - gruntu z bentonitem. Takie stanowisko/miejsce wyznaczone do mieszania materiałów wymagałoby zabezpieczenia przed wpływem czynników atmosferycznych i przesiąkania do składowiska (uszczelnienie), w tym odpadów deszczu oraz śniegu, co według Zamawiającego jest nierealne - wykonawca zapoznał się ze stanem faktycznym składowiska odpadów, w tym korony składowiska podczas obowiązkowej wizji lokalnej.

Zamawiający, co prawda dopuścił możliwość rezygnacji z ułożenia warstwy drenażowej z piasku (pod warunkiem zapewnienia odpowiedniej przepuszczalności warstwy glebotwórczej), jednakże ostateczną zgodę w tym zakresie Zamawiający podejmie po wykonaniu odpowiednich badań materiałów dostarczonych na budowę, tak więc ułożenie warstwy powinno być uwzględnione w kosztorysie ofertowym, gdyż wynika to z SWZ, co w ocenie Zamawiającego jest znaczącym odstępstwem od warunków określonych w specyfikacji.

Zamawiający wskazał, że pomimo wezwania Zamawiającego, Wykonawca nie przedłożył dowodów potwierdzających przydatność materiałów do przetworzenia odpadów na produkt gotowy do wbudowania - tj. kserokopii posiadanych zezwoleń/decyzji administracyjnych uprawniających do przetwarzania odpadów na produkt gotowy do wbudowania w warstwę uszczelniającą i glebotwórczą.

W świetle powyższego, Wykonawca w udzielonych wyjaśnieniach nie udowodnił Zamawiającemu, że jego cena ofertowa jest realna, wiarygodna, tzn. ze z tytułu realizacji zamówienia i pozyskanego za nie wynagrodzenia, przy zastosowaniu materiałów spełniających wymagania projektowe i zachowaniu należytej staranności nie będzie ponosił strat. Zdaniem Zamawiającego zaniżenie ceny powoduje zagrożenie należytego wykonania zamówienia lub niewykonania zamówienia w przyszłości, zgodnie ze standardami zawartymi w SWZ.

Zamawiający wskazał, że zgodnie z doktryną za ceną rażąco niską uznaje się cenę niepokrywającą wydatków wykonawcy związaną z realizacją zamówienia, nierealną, niewiarygodną, za którą należyte wykonanie zamówienia jest niemożliwe, a ciężar dowodu, że cena zaproponowana w ofercie nie jest rażąco niską spoczywa na wykonawcy. Zamawiający przyjął, że punktem odniesienia dla określenia rażąco niskiej ceny są przede wszystkim: wartość przedmiotu zamówienia, ceny innych oferty złożonych w postępowaniu, wiedza, doświadczenie i rozeznanie warunków rynkowych, jakimi dysponują członkowie komisji.

Izba zważyła, co następuje:

Odwołanie nie zasługiwało na uwzględnienie.

Nie potwierdził się zarzut naruszenia art. 226 ust. 1 pkt 8 ustawy Pzp poprzez uznanie, iż oferta Odwołującego zawiera rażąco niską cenę, podczas gdy oferta została skalkulowana poprawnie i spełnia wszystkie wymogi Zamawiającego.

Tytułem wstępu Izba wskazuje, iż jakkolwiek w decyzji o odrzuceniu oferty

Odwołującego z dnia 26 sierpnia 2021 r. Zamawiający jako podstawę prawną podał art. 226 ust. 1 pkt 8 ustawy Pzp, to jednak z uzasadnienia faktycznego ww. decyzji wynika, że podstawą odrzucenia oferty Odwołującego była również niezgodność z warunkami zamówienia.

Zdaniem Izby w okolicznościach przedmiotowej sprawy czynność Zamawiającego polegająca na odrzuceniu oferty Odwołującego nie naruszała przepisów ustawy Pzp.

W myśl art. 16 ustawy Pzp, zamawiający przygotowuje i przeprowadza postępowanie o udzielenie zamówienia w sposób zapewniający zachowanie uczciwej konkurencji oraz równe traktowanie wykonawców, przejrzysty oraz proporcjonalny.

W myśl art. 226 ust. 1 pkt 5 ustawy Pzp, zamawiający odrzuca ofertę, jeżeli jej treść jest niezgodna z warunkami zamówienia. Z kolei stosownie do art. 7 pkt 29 ustawy Pzp, przez warunki zamówienia należy rozumieć warunki, które dotyczą zamówienia lub postępowania o udzielenie zamówienia, wynikające w szczególności z opisu przedmiotu zamówienia, wymagań związanych z realizacją zamówienia, kryteriów oceny ofert, wymagań proceduralnych lub projektowanych postanowień umowy w sprawie zamówienia publicznego.

Zgodnie z art. 226 ust. 1 pkt 8 ustawy Pzp, zamawiający odrzuca ofertę, jeżeli zawiera rażąco niską cenę lub koszt w stosunku do przedmiotu zamówienia.

Stosownie do treści art. 224 ust. 1 ustawy Pzp, 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.

W przypadku gdy cena całkowita oferty złożonej w terminie jest niższa o co najmniej 30% od wartości zamówienia powiększonej o należny podatek od towarów i usług, ustalonej przed wszczęciem postępowania lub średniej arytmetycznej cen wszystkich złożonych ofert niepodlegających odrzuceniu na podstawie art. 226 ust. 1 pkt 1 i 10, zamawiający zwraca się o udzielenie wyjaśnień, o których mowa w ust. 1, chyba że rozbieżność wynika z okoliczności oczywistych, które nie wymagają wyjaśnienia (art. 224 ust. 2 pkt 1 ustawy Pzp).

Wyjaśnienia, o których mowa w ust. 1, mogą dotyczyć w szczególności:

- 1) zarządzania procesem produkcji, świadczonych usług lub metody budowy;
- 2) wybranych rozwiązań technicznych, wyjątkowo korzystnych warunków dostaw, usług albo związanych z realizacją robót budowlanych;
- 3) oryginalności dostaw, usług lub robót budowlanych oferowanych przez wykonawcę;
- 4) zgodności z przepisami dotyczącymi kosztów pracy, których wartość przyjęta do ustalenia ceny nie może być niższa od minimalnego wynagrodzenia za pracę albo minimalnej stawki godzinowej, ustalonych na podstawie przepisów ustawy z dnia 10 października 2002 r. o minimalnym wynagrodzeniu za pracę (Dz.U. z 2020 r. lub przepisów odrębnych właściwych dla spraw, z którymi związane jest realizowane zamówienie;
- 5) zgodności z prawem w rozumieniu przepisów o postępowaniu w sprawach dotyczących pomocy publicznej;
- 6) zgodności z przepisami z zakresu prawa pracy i zabezpieczenia społecznego, obowiązującymi w miejscu, w którym realizowane jest zamówienie;
- 7) zgodności z przepisami z zakresu ochrony środowiska;
- 8) wypełniania obowiązków związanych z powierzeniem wykonania części zamówienia podwykonawcy.

W przypadku zamówień na roboty budowlane lub usługi, zamawiający jest obowiązany żądać wyjaśnień, o których mowa w ust. 1, co najmniej w zakresie określonym w ust. 3 pkt 4 i 6 (art. 224 ust. 4 ustawy Pzp). W myśl art. 224 ust. 5 ustawy Pzp, obowiązek wykazania, że oferta nie zawiera rażąco niskiej ceny lub kosztu spoczywa na wykonawcy. Odrzuceniu, jako oferta z rażąco niską ceną lub kosztem, podlega oferta wykonawcy, który nie udzielił wyjaśnień w wyznaczonym terminie, lub jeżeli złożone wyjaśnienia wraz z dowodami nie uzasadniają podanej w ofercie ceny lub kosztu (art. 224 ust. 6 ustawy Pzp).

Zgodnie z utrwalonym - pod rządami ustawy z dnia 29 stycznia 2004 r. Prawo

zamówień publicznych - w orzecznictwie Izby poglądem, który zachowuje aktualność na gruncie obecnie obowiązujących przepisów ustawy Pzp, złożone przez wykonawcę wyjaśnienia w zakresie ceny oferty lub kosztu, lub ich istotnych części składowych, winny być konkretne, wyczerpujące i rozwiewające wątpliwości zamawiającego co do możliwości wykonania przedmiotu zamówienia zgodnie z wymaganiami określonymi w specyfikacji lub wynikającymi z odrębnych przepisów. To na wykonawcy bowiem ciąży obowiązek wykazania, jakie obiektywne czynniki pozwoliły mu na obniżenie ceny oferty oraz w jakim stopniu dzięki tym czynnikom cena oferty została obniżona (por. wyrok KIO z dnia 2 lutego 2016 r. sygn. akt: KIO 66/16).

Nadto wskazać należy, iż sytuacja prawna wykonawcy, który w odpowiedzi na wezwanie zamawiającego do złożenia wyjaśnień, w tym dowodów, w przedmiocie rażąco niskiej ceny, w ogóle ich nie złożył oraz wykonawcy, który złożył wyjaśnienia ogólnikowe i niepoparte dowodami, jest taka sama. W obu bowiem przypadkach oferta wykonawcy podlega odrzuceniu (por. KIO w wyroku z dnia 19 maja 2016 r. sygn. akt: KIO 722/16).

Przechodząc na grunt niniejszej sprawy Izba wskazuje, iż dokonana przez Zamawiającego ocena wyjaśnień złożonych przez Odwołującego w przedmiocie ceny oferty prawidłowa. Wyjaśnienia złożone przez Wykonawcę nie zostały przedstawione w sposób wszechstronny i wyczerpujący, w tym m.in. w zakresie przedstawienia czynników wpływających na obniżenie ceny ofertowej. W istocie wyjaśnienia Odwołującego oparte były na kilkudziesięciu ogólnikach, z których nie można wyczytać dlaczego zaoferowana przez Odwołującego cena oferty odbiegała o ponad 30% od ubruttowanej wartości szacunkowej zamówienia oraz średniej arytmetycznej cen złożonych ofert. Innymi słowy, zdaniem Izby, Odwołujący w złożonych wyjaśnieniach ceny oferty nie podał dostatecznych argumentów potwierdzających, że zaoferowana przez niego cena jest rynkowa, mimo ziszczenia się obu mierników określonych art. 224 ust. 2 pkt 1 ustawy Pzp obligujących Zamawiającego do uruchomienia procedury wyjaśnień ceny. Co więcej, wyjaśnienia złożone przez Odwołującego były na tyle lakoniczne, iż nie przedstawiono w nich nawet zakładanego przez Wykonawcę zysku z tytułu realizacji niniejszego zamówienia.

Kolejno wskazać należy, iż wyjaśnienia złożone przez Odwołującego nie zostały poparte żadnymi dowodami, mimo że obowiązek ich złożenia wynika wprost z przepisów ustawy Pzp, a ponadto na konieczność złożenia dowodów wskazał również Zamawiający w wezwaniu z dnia 6 lipca 2021 r. Nie zasługiwała zatem na aprobatę argumentacja Odwołującego, który wskazał, iż „nie dołączył do wyjaśnień dowodów w postaci ofert, katalogów i tego typu dokumentów, gdyż materiał niezbędny do wykonania zamówienia posiada w siedzibie, dysponuje odpowiednim sprzętem oraz osobami niezbędnymi do wykonania zamówienia.” Konsekwencją zaniechania przez Odwołującego złożenia stosownych dowodów jest brak możliwości zweryfikowania sposobu kalkulacji ceny zawartej w kosztorysie ofertowym.

Następnie Izba stwierdza, że nie zasługiwała na pozytywną ocenę bierna postawa Odwołującego w przypadku drugiego wezwania skierowanego do Wykonawcy pismem z dnia 23 lipca 2021 r. Jak przyznał w treści odwołania Odwołujący „przedmiotowe pytania

odwołujący zignorował, gdyż dotyczyły one nie wyjaśnień treści złożonej oferty a wyjaśnień do wyjaśnień w zakresie rażąco niskiej ceny”. W tym miejscu wskazać należy, iż przepisy ustawy Pzp nie określają liczby wezwań do wyjaśnień ceny oferty, które mogą zostać wystosowane do wykonawcy. W orzecznictwie Izby wskazuje się, że brak jest przeszkód do ponownego wezwania wykonawcy do złożenia wyjaśnień w powyższym zakresie, jeśli pierwotne wyjaśnienia wykonawcy nie rozwiązały wątpliwości zamawiającego związanych z rażąco niską ceną lub gdy istnieje w danym zakresie potrzeba uzyskania bardziej szczegółowych wyjaśnień albo gdy wystosowane przez zamawiającego wezwanie miało charakter na tyle ogólny, że nie można z jego treści wyczytać, które elementy kalkulacyjne winny zostać przez wykonawcę wyjaśnione, czy też budziły wątpliwości zamawiającego (por. wyrok KIO z dnia 26 czerwca 2020 r. sygn. akt: KIO 758/20, wyrok KIO z dnia 4 kwietnia 2019 r. sygn. akt: KIO 489/19, wyrok KIO z dnia 2 kwietnia 2019 r. sygn. akt: KIO 480/19, wyrok KIO z dnia 28 marca 2017 r. sygn. akt: KIO 466/17). Podkreślić należy, iż wykonawca, który nie podejmuje nawet próby złożenia wyjaśnień zamawiającemu w zakresie poziomu ceny oferty lub kosztu naraża się na konsekwencje w postaci odrzucenia jego oferty. Powyższa okoliczność wynika wprost z art. 224 ust. 6 ustawy Pzp, który stanowi, że odrzuceniu, jako oferta z rażąco niską ceną lub kosztem, podlega m.in. oferta wykonawcy, który nie udzielił wyjaśnień w wyznaczonym terminie. Jeżeli w ocenie Odwołującego kolejne wezwanie skierowane do wykonawcy naruszało przepisy ustawy Prawo zamówień publicznych, to Wykonawca powinien skorzystać z przysługujących mu środków ochrony prawnej i wzruszyć wadliwą - w jego ocenie - czynność Zamawiającego, a nie ignorować wezwanie Zamawiającego.

Ponadto Izba wskazuje, iż stanowisko zaprezentowane przez Odwołującego w toku rozprawy dotyczące wyceny bentonitu było niespójne z udzielonymi przez Wykonawcę

wyjaśnieniami z dnia 12 lipca 2021 r. i załączonym kosztorysem ofertowym. Zauważyć należy, iż Odwołujący w toku rozprawy wskazywał, że koszt zakupu bentonitu oszacował na poziomie 80 tysięcy złotych, podczas gdy poz. 4 kosztorysu obejmująca m.in. zakup bentonitu została wyceniona na kwotę 57 750 zł. Jednocześnie jak słusznie zauważył Zamawiający, w ww. pozycji Odwołujący - zgodnie ze stanowiskiem prezentowanym w toku rozprawy - miał uwzględnić także zysk, co z kolei oznaczałoby, że wartość ww. pozycji należałoby pomniejszyć o nieznaną kwotę. Co więcej, kosztów zakupu bentonitu nie sposób wywieść z pozycji „dodatkowe materiały” wskazanej w kosztorysie, w której - jak twierdził Odwołujący w toku rozprawy - również został ujęty ten element kosztotwórczy. W tym miejscu Izba wskazuje, że nie mogła wziąć pod uwagę złożonego przez Odwołującego dowodu w postaci oferty na zakup bentonitu z dnia 29 lipca 2021 r., ponieważ inicjatywa dowodowa Odwołującego była spóźniona. Zauważyć należy, że postępowanie odwoławcze przed Krajową Izbą Odwoławczą stanowi ocenę zakończonej procedury wyjaśniającej na okoliczność zaoferowania rażąco niskiej ceny. Tym samym wszelkie informacje i dowody mające potwierdzać rzetelność i prawidłowość skalkulowanej przez wykonawcę ceny, muszą być znane zamawiającemu na etapie postępowania o udzielenie zamówienia publicznego, po to aby zamawiający mógł, po ich analizie, podjąć decyzję w zakresie przyjęcia oferty lub jej ewentualnego odrzucenia.

Nie zasługiwała też na uznanie argumentacja Odwołującego jakoby pominięcie w wycenie ułożenia warstwy drenażowej stanowiło nieistotne uchybienie. Jak słusznie zauważył sam Odwołujący - w specyfikacji warunków zamówienia oraz wyjaśnieniach - Zamawiający wskazał, iż decyzja w zakresie rezygnacji z piasku pozostaje w gestii Zamawiającego na etapie realizacji zamówienia. Tym samym nieuwzględnienie przez Odwołującego w cenie pełnego zakresu świadczenia wynikającego ze specyfikacji stanowi o niezgodności oferty Odwołującego z warunkami zamówienia, przekładając się jednocześnie na zaniżenie ceny ofertowej.

Za niespójne Izba uznała stanowisko Odwołującego, który stwierdził, że Zamawiający błędnie przyjął, iż Odwołujący będzie przerabiał odpady na produkty gotowe. Odwołujący w toku rozprawy przyznał bowiem, że „na podstawie posiadanych pozwoleń zamierzał poddać odpady procesowi odzysku, w wyniku czego otrzymany zostałby nowy produkt niebędący odpadem”. Powyższe z kolei jest spójne z treścią wyjaśnień z dnia 12 lipca 2021 r., w których Odwołujący stwierdził, że „posiada niezbędne decyzje administracyjne, uprawiające do przetwarzania odpadów na produkt gotowy do wbudowania (dotyczy materiału na warstwę uszczelniającą i glebotwórczą)”. Jednocześnie jak wynika z wyjaśnień Zamawiającego udzielonych podczas obowiązkowej wizji lokalnej przeprowadzonej w dniu 16 czerwca 2021 r., w której uczestniczył również Odwołujący, Zamawiający nie przewidywał wykorzystywania odpadów do celów rekultywacji składowiska w ramach niniejszego postępowania. Tym samym zamierzeniem Zamawiającego było to, aby przy rekultywacji składowiska nie stosowano materiałów pochodzących z odzysku. Powyższe wyjaśnienia Zamawiającego nie budziły dalszych wątpliwości czy też pytań ze strony wykonawców na etapie prowadzonego postępowania. Zauważyć również należy, iż Odwołujący w wyjaśnieniach z dnia 12 lipca 2021 r. nie wskazał wprost jaki materiał zostanie zastosowany na warstwę uszczelniającą oraz glebotwórczą, przyznając dopiero w toku rozprawy, iż materiał o którym mowa w ww. piśmie to zanieczyszczona glina, którego z kolei nie dopuszczał Zamawiający w myśl wyjaśnień udzielonych wykonawcom podczas wizji lokalnej.

W kwestii zarzucanej przez Zamawiającego braku fizycznej możliwości mieszania materiałów (gruntu z bentonitem) na koronie składowiska oraz tego, że Zamawiający nie dysponuje takim miejscem na koronie składowiska do mieszania materiałów Izba uznała, iż Zamawiający nie wykazał powyższej okoliczności. W szczególności Zamawiający nie odparł twierdzeń Odwołującego, że postanowienia SWZ nie zabraniały przyjęcia takiego procesu wykonania zamówienia. Powyższe pozostaje jednak bez wpływu na dokonaną przez Zamawiającego czynność odrzucenia oferty Odwołującego.

Wobec powyższego stwierdzić należy, iż Odwołujący nie dołożył należytej staranności w wyjaśnieniu Zamawiającemu sposobu kalkulacji ceny oferty, przez co w konsekwencji nie wykazał, że zaoferowana przez niego cena nie jest ceną rażąco niską. Oferta Odwołującego podlegała zatem odrzuceniu na podstawie art. 226 ust. 1 pkt 8 ustawy Pzp. Jednocześnie oferta Odwołującego nie odpowiadała warunkom zamówienia w zakresie wskazanym powyżej.

W konsekwencji powyższego nie potwierdził się zarzut naruszenia art. 253 ust. 1 pkt 1 ustawy Pzp poprzez uznanie, iż oferta wykonawcy G.J. prowadzący działalność gospodarczą pod nazwą EUROPOL w Dębowej Górze jest ofertą najkorzystniejszą w postępowaniu. Izba wskazuje, iż ww. przepis nakłada na Zamawiającego dopełnienie określonych ustawą obowiązków informacyjnych związanych z wyborem oferty najkorzystniejszej, a Odwołujący nie wskazywał na uchybienia tego typu.

Wobec powyższego, orzeczono jak w sentencji.

O kosztach postępowania odwoławczego Izba orzekła na podstawie art. 557 i 575 ustawy Pzp w zw. z § 5 pkt 1 i pkt 2 lit. b) oraz § 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).

Przewodniczący: