

Sygn. akt: KIO 2941/21

WYROK

z dnia 25 października 2021 r.

Krajowa Izba Odwoławcza - w składzie:

Przewodniczący: Emilia Garbala

Protokolant: Adam Skowroński

po rozpoznaniu na rozprawie w dniu 22 października 2021 r. w Warszawie odwołania wniesionego do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej w dniu 4 października 2021 r. przez wykonawcę ULMAN D.M., ul. Podgórna 14, 43-190 Mikołów,

w postępowaniu prowadzonym przez zamawiającego: Spółka Restrukturyzacji Kopalń

S.A, ul. Strzelców Bytomskich 207, 41-914 Bytom,

przy udziale wykonawcy Recycling Logo Group sp. z o.o. sp.k., ul. Hutnicza 2, 41-709 Ruda Śląska, zgłaszającego przystąpienie do postępowania odwoławczego po stronie

zamawiającego,

orzeka:

1. odrzuca odwołanie w zakresie zarzutu dotyczącego naruszenia art. 224 ust. 1 i ust. 2 pkt 1 ustawy Prawo zamówień publicznych poprzez niezasadne wezwanie odwołującego do złożenia wyjaśnień dotyczących ceny jego oferty,

2. oddala odwołanie w pozostałym zakresie,

3. kosztami postępowania obciąża odwołującego ULMAN D.M., ul. Podgórna 14, 43 - 190 Mikołów, i:

3.1. zalicza w poczet kosztów postępowania odwoławczego kwotę 10 000 zł 00 gr (słownie: dziesięć tysięcy złotych zero groszy) uiszczoną przez odwołującego tytułem wpisu od

odwołania.

Stosownie do art. 579 ust. 1 i art. 580 ust. 1 i 2 ustawy z dnia 11 września 2019 r. Prawo zamówień publicznych (Dz. U. z 2021 r. poz. 1129 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.

Przewodniczący:

Sygn. akt KIO 2941/21

UZASADNIENIE

Zamawiający - Spółka Restrukturyzacji Kopalń S.A, ul. Strzelców Bytomskich 207, 41-914 Bytom, prowadzi w trybie podstawowym w oparciu o art. 275 pkt 2 ustawy Prawo zamówień publicznych (Dz.U. z 2021 r. poz. 1129 ze zm.), zwanej dalej: „ustawą Pzp”, postępowanie o udzielenie zamówienia publicznego pn. „Likwidacja infrastruktury kolejowej dla Spółki Restrukturyzacji Kopalń S.A. w Bytomiu Oddział w Rudzie Śląskiej KWK „Pokój I - Śląsk” Ruch Śląsk”, numer referencyjny: ZP-S-0012/21. Ogłoszenie o zamówieniu zostało opublikowane w Biuletynie Zamówień Publicznych w dniu 28.05.2021 r., nr 2021/BZP 00068110/01.

Pismem z dnia 27.09.2021 r. zamawiający poinformował m.in. o odrzuceniu oferty wykonawcy ULMAN D.M., ul. Podgórna 14, 43-190 Mikołów (dalej: „odwołujący”).

W dniu 04.10.2021 r. do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej wpłynęło odwołanie, w którym odwołujący zarzucił zamawiającemu:

- 1) art. 287 ust. 3 w zw. z art. 224 ust. 1 i ust. 2 pkt 1 ustawy Pzp poprzez bezpodstawne odrzucenie oferty odwołującego, mimo że nie zawiera ona rażąco niskiej ceny lub kosztu, w powołaniu się na treść wyjaśnień, których żądanie przez zamawiającego nastąpiło bez podstawy prawnej, bowiem zamawiający na realizację zamówienia przeznaczył kwotę 4 481 753,00 zł brutto, a odwołujący złożył ofertę z ceną 6 239 913,00 zł, a zatem nie zostały spełnione przesłanki określone w art. 224 ust. 1 lub art. 224 ust. 2 pkt 1 ustawy Pzp, a fakt że średnia arytmetyczna cen ofert złożonych w postępowaniu jest wyższa od ceny oferowanej przez odwołującego o 53% wynika z okoliczności oczywistych, które zamawiający powinien obligatoryjnie uwzględnić, tj. z powodu rażąco zawyżonych cen kilku ofert,
- 2) art. 287 ust. 3 w zw. z art. 16 pkt 1 i 2 ustawy Pzp poprzez sporządzenie uzasadnienia informacji o odrzuceniu oferty wykonawcy w sposób lakoniczny i ogólnikowy, wzajemnie sprzeczny, bez należytego wyjaśnienia przesłanek odrzucenia, mimo że obowiązkiem zamawiającego jest jednoznaczne wskazanie przesłanek odrzucenia oferty,
- 3) art. 226 ust. 1 pkt 8 w zw. z art. 224 ust. 1 i ust. 2 pkt 1 oraz art. 224 ust. 6 ustawy Pzp poprzez odrzucenie oferty odwołującego jako zawierającej rażąco niską cenę pomimo, iż treść wyjaśnień złożonych przez odwołującego w tym zakresie jednoznacznie wskazuje, że cena oferty została obliczona prawidłowo i zapewnia wykonanie przedmiotu zamówienia zgodnie z wymogami zamawiającego określonymi w dokumentacji postępowania.

W szczególności odwołujący wskazał, co następuje. „Dnia 27 września 2021 r., działając na podstawie art. 287 ust. 3 ustawy, Zamawiający przekazał uczestnikom postępowania wykaz wykonawców, których oferty nie zostały odrzucone oraz wykaz ofert odrzuconych. Zgodnie z powyższym pismem Zamawiający uznał, że oferta Odwołującego podlega odrzuceniu na podstawie art. 226 ust. 1 pkt 8 PZP, gdyż zawiera rażąco niską cenę lub koszt w stosunku do przedmiotu zamówienia (uzasadnienie prawne). Natomiast w uzasadnieniu faktycznym odrzucenia oferty Odwołującego Zamawiający wskazał, że „wykonawca na wezwanie do wyjaśnień rażąco niskiej ceny przedłożył kalkulację, którą oparł na istotnej zmianie technologii robót, której Zamawiający nie akceptował na etapie postępowania przetargowego, wadliwie skalkulował przedłożone kosztorysy ofertowe oraz kalkulację cenową w postaci braku kosztów oraz dowodów na załadunek i transport oczyszczonego tłucznia kolejowego.”

W wezwaniu do wyjaśnienia ceny z dnia 28 czerwca 2021r. Zamawiający wskazał, że podstawą żądania wyjaśnień jest art. 224 ust 1 ustawy PZP, a jednocześnie podał, że cena oferty jest niższa o 53% od średniej arytmetycznej cen wszystkich złożonych ofert. (...)

W ocenie Wykonawcy, w niniejszej sprawie nie zachodziły przesłanki badania ceny, określone w art. 224 ust 1, ani tym bardziej w art. 224 ust 2 pkt 1 ustawy. Jak bowiem wynika z informacji z 18 czerwca 2021r. Zamawiający na realizację zamówienia przeznaczył kwotę

4 481 753,00 zł brutto. A zatem fakt, że średnia arytmetyczna cen wszystkich złożonych ofert wynosi 13 507 374,88 zł brutto nie ma istotnego znaczenia w sprawie - Zamawiający ma bowiem świadomość, że w prowadzonych przez niego postępowaniach ceny znacznie przekraczają kwotę posiadaną na sfinansowanie zamówienia, a także wielokrotnie przekraczają wartość rynkową przedmiotu zamówienia; dopiero w trakcie negocjacji bądź aukcji elektronicznej wykonawcy obniżają ceny do realnego poziomu. W niniejszej sprawie najwyższa zaoferowana cena to 33 809 882,12 zł, kolejne to ponad 29 mln oraz ponad 25 mln. Oczywiście jest, że ceny te są rażąco przeszacowane, a zatem zaoferowana przez Odwołującego cena (6 239 913,00 zł) nie może być kwalifikowana jako cena rażąco niska; (...) W konsekwencji, skoro wezwanie do wyjaśnień z dnia 28 czerwca 2021r. było bezzasadne, a przede wszystkim niezgodne z przepisem art. 224 ust 2 pkt 1 PZP, nie zachodzi także podstawa do stwierdzenia, że w złożonych wyjaśnieniach Odwołujący nie wykazał, że cena oferty nie jest ceną rażąco niską. (...)

Zgodnie z treścią art. 287 ust 3 PZP zamawiający w informacji o wykonawcach których oferty nie zostały odrzucone, punktacji oraz wykonawcach których oferty zostały odrzucone winien podać uzasadnienie faktyczne i prawne. (...) Tymczasem Zamawiający podał bardzo lakoniczne uzasadnienie faktyczne, ograniczające się do jednego zdania: „wykonawca na wezwanie do wyjaśnień rażąco niskiej ceny przedłożył kalkulację, którą oparł na istotnej zmianie technologii robót, której Zamawiający nie akceptował na etapie postępowania przetargowego, wadliwie skalkulował przedłożone kosztorysy ofertowe oraz kalkulację cenową w postaci braku kosztów oraz dowodów na załadunek i transport oczyszczonego tłucznia kolejowego.”

Odnosząc się szczegółowo do wyjaśnienia podstawy faktycznej Odwołujący zauważa, że twierdzenie o wadliwości kosztorysów oraz kalkulacji cenowej nie zostało przez Zamawiającego jasno uzasadnione - nie wskazano, które pozycje kosztorysu Zamawiający kwestionuje, które pozycje zostały nieprawidłowo policzone, czy kosztorysy lub kalkulacje zawierają błędy w obliczeniach, czy też błędnie wskazano obmiar robót. Jedynym konkretnym zarzutem jest brak kosztów na „załadunek i transport oczyszczonego tłucznia kolejowego”.

Należy zatem wyjaśnić, iż kosztorys został przygotowany na podstawie przedmiarów załączonych do SWZ i przesłany w odpowiedzi na wezwanie do wyjaśnienia ceny. Zamawiający przygotował przedmiar robót w oparciu o tradycyjne rozwiązanie, a więc przedmiar obejmował takie pozycje jak: rozbiórka podbudowy, transport, koszt utylizacji tłucznia. W tym zakresie, z uwagi na przyjętą technologię robót (o czym niżej) Odwołujący zastąpił powyższe pozycje, wskazując w kosztorysie m.in.: oczyszczenie podbudowy i sprzedaż tłucznia. Cena podana w kosztorysie za sprzedaży tłucznia jest ujemna, czyli należy ją traktować jako zysk Odwołującego a nie koszt (kwota ta zmniejsza wartość końcową kosztorysu). Odwołujący sprzedaje oczyszczony tłuczeń, a kupujący ten materiał będzie pokrywał też koszty jego transportu. Podsumowując - w kosztorysie Odwołującego w pozycji sprzedaż tłucznia jest już wykazany tylko zysk. Jednocześnie jednak Odwołujący w wyjaśnieniach potwierdził, że zrealizuje przedmiot zamówienia zgodnie z wymogami Zamawiającego, a przyjęta przez niego technologia wykonania prac pozwoli na osiągnięcie celów założonych przez SRK. Fakt, że pewne pozycje kosztorysu zostały określone inaczej, niż w przygotowanych przez Zamawiającego przedmiarach, nie świadczy o błędnie obliczonej cenie - należy bowiem przypomnieć, że Zamawiający założył realizację robót za cenę ryczałtową (a nie wynagrodzenie kosztorysowe), nadto Zamawiający nie wymagał złożenia kosztorysów wraz z ofertą. (...)

W świetle powyższego należy uznać, że podane podstawy odrzucenia oferty Odwołującego są niespójne, niejednoznaczne i nierzeczywiste, a przez takie sformułowanie (...) Zamawiający naruszył nie tylko art. 287 ust 3 ustawy PZP, lecz także podstawowe zasady prowadzenia postępowania o udzielenie zamówienia publicznego, a to zasadę przejrzystości, równego traktowania wykonawców oraz uczciwej konkurencji. (...)

Pismem z dnia 28 czerwca 2021 r. Zamawiający wezwał Odwołującego do udzielenia wyjaśnień, w tym dowodów, w zakresie wyliczenia ceny. (...) Odwołujący w pkt. 4 pisma szczegółowo i wyczerpująco opisał kwestię kosztów utylizacji odpadów, w tym tłucznia kolejowego. Odwołujący wskazał, że nie będzie przeznaczał tłucznia do utylizacji, ponieważ nawiązał współpracę z firmą działającą na rynku europejskim, która specjalizuje się w neutralizacji zanieczyszczeń niebezpiecznych, również takich jakie występują na zanieczyszczonych torowiskach kolejowych. Neutralizacja zanieczyszczeń tłucznia z wykorzystaniem proponowanej przez Odwołującego technologii nie wymaga mechanicznej ingerencji w nawierzchnię torowiska, a w konsekwencji proces ten nie jest objęty Ustawą z dnia 14 grudnia 2012 r. o odpadach, nie jest traktowany jako przetwarzanie odpadów, a w konsekwencji do jego przeprowadzenia nie jest konieczne uzyskanie decyzji środowiskowych zezwalających na przetwarzanie. Jak podkreślił Odwołujący dzięki zastosowaniu omówionej technologii nie będzie on ponosił kosztów związanych z utylizacją tłucznia, a po zakończonym procesie oczyszczania tłuczeń spełnia wszelkie wymogi, atesty i

badania laboratoryjne dzięki czemu materiał ten stanowi dodatkową wartość dla przedsiębiorstwa Odwołującego i może zostać odsprzedany. W kosztorysie szczegółowym załączonym do przedmiotowego pisma Odwołujący zawarł koszty oczyszczenia tłucznia w kwocie 39 zł netto na m3 podbudowy. Ponadto w kosztorysie Odwołujący uwzględnił cenę jaką otrzyma z tytułu sprzedaży tłucznia (52,40 zł za m3). (...)

W związku z powyższym w przedmiotowej sprawie nie zostały spełnione przesłanki odrzucenia oferty Odwołującego na podstawie art. 226 ust. 1 pkt 8 Pzp. (...)

Co ważne, Zmawiający bezpodstawnie podniósł w uzasadnieniu odrzucenia oferty, że kalkulacja przedłożona przez Odwołującego oparta została na istotnej zmianie technologii robót, jednocześnie w żaden sposób nie wskazał na czym rzekoma istotna zmiana technologii robót polega i jak potencjalnie ma się ona do stwierdzenia rażąco niskiej ceny oferty Odwołującego. Nie mniej jednak faktem jest, że Odwołujący przedsięwziął działania w celu nawiązania współpracy z firmą specjalizującą się w neutralizacji zanieczyszczeń tłucznia, co stanowi swoistą oryginalność, a z pewnością wpływa na oszczędność zaproponowanych metod wykonania zamówienia, dzięki czemu mógł zaproponować korzystną ofertę, jednak nie stanowi to istotnej zmiany technologii robót i nie jest sprzeczne z postanowieniami SWZ. (...)

Mając na względzie powyższe należy wskazać, że Zamawiający nie określił technologii robót w zakresie tłucznia kolejowego, a więc nie można mówić o zmianie technologii, a już z pewnością nie o „istotnej zmianie”. Ponadto dzięki wybranemu przez Odwołującego rozwiązaniu technicznemu w zakresie oczyszczenia tłucznia możliwe będzie jego wtórne wykorzystanie co najlepiej odpowiada wskazanym powyżej założeniom Specyfikacji technicznych, a przede wszystkim jest zgodne z treścią bezwzględnie obowiązujących przepisów prawa.

Brak wskazania kosztów i dowodów na załadunek i transport oczyszczonego tłucznia kolejowego nie może zatem stanowić podstawy odrzucenia oferty na podstawie art. 226 ust 1 pkt 8 ustawy PZP, bowiem Zamawiający wymagał podania ceny ryczałtowej, a Odwołujący skalkulował cenę oferty na poziomie cen rynkowych, z uwzględnieniem nowoczesnej technologii wykonania części prac, która jednak pozwala na należyte wykonanie całości zamówienia. (...)

W związku z powyższym odwołujący wniósł o nakazanie zamawiającemu:

- 1) unieważnienia czynności odrzuceniu oferty odwołującego,
- 2) powtórzenia czynności badania i oceny oferty odwołującego,
- 3) dopuszczenia odwołującego do udziału w postępowaniu.

Pismem z dnia 08.10.2021 r. wykonawca Recycling Logo Group sp. z o.o. sp.k., ul. Hutnicza 2, 41-709 Ruda Śląska, zgłosił przystąpienie do postępowania odwoławczego po stronie zamawiającego. Izba stwierdziła, że przystąpienie zostało dokonane skutecznie.

Pismem z dnia 21.10.2021 r. zamawiający przekazał odpowiedź na odwołanie, w której wniósł o jego oddalenie.

W trakcie rozprawy strony podtrzymały swoje stanowiska.

Krajowa Izba Odwoławcza ustaliła, co następuje.

Przedmiotem zamówienia jest wykonanie roboty budowlanej polegającej na likwidacji infrastruktury kolejowej dla Spółki Restrukturyzacji Kopalń S.A. w Bytomiu Oddział w Rudzie śląskiej KWK „Pokój 1 - Śląsk” Ruch „Śląsk”.

Zamawiający przewidział zastosowanie aukcji elektronicznej.

Wartość szacunkowa zamówienia wynosi 6.970.085,69 zł netto, co stanowi 8.573.205,40 zł brutto. Zamawiający przeznaczył na sfinansowanie zamówienia 4.481.753,00 zł brutto. Średnia arytmetyczna cen ofert wyniosła 13.507.347,88 zł brutto. Odwołujący złożył ofertę z ceną 6.239.913,00 zł brutto. Oznacza to, że cena oferty

odwołującego wynosi ok. 73% wartości szacunkowej zamówienia powiększonej o VAT oraz ok. 46% średniej arytmetycznej ofert.

W załączniku nr 1 do swz, tj. w opisie przedmiotu zamówienia (dalej: „OPZ”), zamawiający wskazał m.in., że:

- Gruz, podbudowa, podkłady kolejowe, papa, drewno, szkło, materiały izolacyjne, w tym materiały i odpady niebezpieczne, oraz wszelkie inne odpady powstałe w trakcie rozbiórki (za wyjątkiem złomu) przetransportować od punktu utylizacji. Wszelkie koszty załadunku, transportu i utylizacji ponosi Wykonawca.

- Wykonawca jest wytwórcą i posiadaczem wszystkich odpadów (m.in. podkładów kolejowych, podbudowy i gruzu) w tym niebezpiecznych (za wyjątkiem złomu) powstałych w trakcie prowadzenia robót demontażowych i rozbiórkowych oraz zobowiązany jest zagospodarować odpady na własny koszt. Wykonawca dostarczy Zamawiającemu karty przekazania odpadów powstałych w trakcie prowadzenia robót.

Pismem z dnia 28.06.2021 r. zamawiający, na podstawie art. 224 ust. 1 ustawy Pzp, wezwał odwołującego do złożenia wyjaśnień dotyczących ceny jego oferty. W ww. piśmie zamawiający wskazał jako wymagające wyjaśnienia większość okoliczności wymienionych w art. 224 ust. 3 ustawy Pzp, a ponadto:

„2. Jakie elementy w zakresie dostaw, usług lub robót budowlanych oferowanych przez wykonawcę przy realizacji zamówienia Wykonawca uwzględnił w kalkulacji.

3. Czy Wykonawca w przypadku zlecenia prac Podwykonawcy uwzględnił w cenie oferty (np. nabycie praw majątkowych do wytworzonych przez ten podmiot utworów)?

4. Prosimy o przedłożenie informacji dotyczących poszczególnych pozycji przedmiaru w formie szczegółowych kosztorysów/kalkulacji (odrębnie dla każdego zadania), z uwzględnieniem: robocizny, kosztów zakupu materiałów oraz kosztów pracy sprzętu.

5. Prosimy o wyjaśnienie, jakiego rodzaju sprzęt zamierza pozyskać wykonawca/jaka będzie forma pozyskania tego sprzętu (np. leasing)/jaki dodatkowy potencjał kadrowy zamierza zatrudniać wykonawca/na podstawie jakiego stosunku prawnego/jakie środki transportu i w jakiej liczbie Wykonawca zaangażuje na etapie realizacji umowy?

6. Jaki sposób organizacji prac przyjął Wykonawca (np. zmianowy, w jaki sposób ustalił zmiany itp.)?

7. Czy Wykonawca zawarł porozumienia/umowy wstępne na podwykonawstwo?

8. Czy i w jaki sposób Wykonawca uwzględnił w ofercie ryzyka związane z realizacją zamówienia? (...)

10. Przedstawione szczegółowe kosztorysy/kalkulacje (odrębnie dla każdego zadania) winny odzwierciedlać ceny zawarte w ofercie.”

Dodatkowo zamawiający wskazał, że dowody winny dotyczyć przede wszystkim: kosztów poniesionych w związku z zatrudnieniem pracowników (szczegółowa kalkulacja

dotycząca każdego pracownika zawierająca min ilość pracowników, ilość godzin, stawki godzinowej, koszty pracodawcy)

- kosztów związanych z użyciem i pozyskaniem sprzętu, którym Wykonawca zamierza realizować zamówienie (dowody wskazujące formę posiadania oraz rodzaj sprzętu)
- kosztów zakupu materiałów
- kosztów utylizacji odpadów”.

Pismem z dnia 02.07.2021 r. odwołujący złożył wyjaśnienia, do których dołączył jako dowody kosztorys, listę płac i ewidencję środków trwałych.

Pismem z dnia 27.09.2021 r. zamawiający poinformował, które oferty nie zostały odrzucone i jaką otrzymały punktację, a także o tym, które oferty zostały odrzucone.

Zamawiający odrzucił m.in. ofertę odwołującego na podstawie art. 226 ust. 1 pkt 8 ustawy Pzp, wskazując, że: „Wykonawca na wezwanie do wyjaśnień rażąco niskiej ceny przedłożył kalkulację którą oparł na istotnej zmianie technologii robót której Zamawiający nie akceptował na etapie postępowania przetargowego, wadliwie skalkulował przedłożone kosztorysy ofertowe oraz kalkulację cenową w postaci braku kosztów oraz dowodów na załadunek i transport oczyszczonego tłucznia kolejowego”.

Krajowa Izba Odwoławcza rozpoznając na rozprawie złożone odwołanie i uwzględniając dokumentację z niniejszego postępowania o udzielenie zamówienia publicznego oraz stanowiska stron złożone na piśmie i podane do protokołu rozprawy, zważyła, co następuje.

W pierwszej kolejności Izba ustaliła wystąpienie przesłanek z art. 505 ust. 1 ustawy Pzp, tj. istnienie po stronie odwołującego interesu w uzyskaniu zamówienia oraz możliwość poniesienia przez niego szkody z uwagi na kwestionowaną czynność zamawiającego.

Ponadto Izba stwierdziła, że odwołanie podlega odrzuceniu w zakresie zarzutu dotyczącego naruszenia art. 224 ust. 1 i ust. 2 pkt 1 ustawy Prawo zamówień publicznych polegającego na niezasadnym wezwaniu odwołującego do złożenia wyjaśnień dotyczących ceny jego oferty. Należy zauważyć, że sam odwołujący napisał w odwołaniu, że zamawiający wezwał go do złożenia wyjaśnień dotyczących ceny jego oferty w dniu 28.06.2021 r. Oznacza to, że termin na wniesienie odwołania w celu zakwestionowania czynności wezwania do złożenia wyjaśnień upływał, zgodnie z art. 515 ust. 1 pkt 2 lit. a) ustawy Pzp w zw. z art. 509 ust. 2 ustawy Pzp, w dniu 05.07.2021 r. Tym samym podniesienie ww. zarzutu dopiero w niniejszym odwołaniu z dnia 04.10.2021 r. jest już działaniem spóźnionym. Dlatego też odwołanie w zakresie ww. zarzutu podlega odrzuceniu na podstawie art. 528 pkt 3 ustawy Pzp, tj. z powodu wniesienia go po upływie terminu określonego w ustawie.

Jednocześnie Izba stwierdziła, że w zakresie pozostałych podniesionych zarzutów, nie zachodzi żadna z przesłanek skutkujących odrzuceniem odwołania, o których mowa w art. 528 ustawy Pzp.

Zgodnie z art. 224 ust. 1, ust. 2 pkt 1 oraz ust. 6 ustawy Pzp:

1. Jeżeli zaofferowana 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.
2. W przypadku gdy cena całkowita oferty złożonej w terminie jest niższa o co najmniej 30% od:
 - 1) 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,
6. 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.

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.

W przedmiotowej sprawie w pierwszej kolejności należy odnieść się do uzasadnienia, jakie wskazał zamawiający w piśmie informującym m.in. o odrzuceniu oferty odwołującego. Uzasadnienie to jest z pewnością lakoniczne i świadczy o tym, że zamawiający nie dołożył należytej staranności przy jego sporządzaniu. W szczególności zamawiający nie wskazał precyzyjnie, na czym polega zmiana technologii robót i wadliwość kalkulacji kosztorysu ofertowego, z powodu których odrzucił ofertę odwołującego. Dopiero po wnikliwym przeczytaniu całości jednozdaniowego uzasadnienia, można dojść do wniosku, że w istocie

wszystkie wskazane w nim okoliczności sprowadzają się do tego samego, czyli do tego, że odwołujący nie przewidział w kalkulacji ceny oferty kosztów załadunku i transportu tłucznia kolejowego, co spowodowało zaniżenie ceny jego oferty. Nie zostało to przez zamawiającego jasno i szczegółowo opisane, co jak już wskazano wyżej, świadczy o braku staranności przy sporządzaniu uzasadnienia, niemniej jednak ostatecznie Izba uznała, że w tych konkretnych okolicznościach faktycznych, treść tego uzasadnienia dawała odwołującemu wiedzę o podstawach faktycznych odrzucenia jego oferty.

Odnosząc się zatem do kwestii zasadności odrzucenia oferty odwołującego, w pierwszej kolejności należy zauważyć, że na str. 27 i 30 OPZ zamawiający określił swoje wymagania co do utylizacji odpadów. Zamawiający wyraźnie wskazał, że oczekuje zagospodarowania odpadów, przetransportowania ich do punktu utylizacji, a wykonawca ma dokumentować wypełnianie tego obowiązku poprzez dostarczanie zamawiającemu kart przekazania odpadów. Zamawiający wskazał także, że wszelkie koszty załadunku, transportu i utylizacji ponosi wykonawca, co oznacza, że wykonawca zobowiązany był uwzględnić te koszty w swojej ofercie.

Tymczasem udzielając wyjaśnień odwołujący wskazał, że nie będzie przeznaczzał tłucznia do utylizacji, dzięki czemu jest w stanie zaproponować tak atrakcyjną cenę za kompleksowe wykonania zadania. Odwołujący wyjaśnił, że nawiązał współpracę z firmą, która posiada własne opatentowane rozwiązania technologiczne i środki pozwalające oczyścić zamieszczony tłuczeń, a neutralizacja zanieczyszczeń tłucznia z wykorzystaniem tej technologii nie wymaga mechanicznej ingerencji w nawierzchnię torowiska, dzięki czemu proces ten „nie podlega pod ustawę o odpadach i nie jest traktowany jako przetwarzanie odpadów”. Udzielając zatem ww. wyjaśnień odwołujący przyznał, że zamierza rozwiązać problem odpadów z tłucznia kolejowego w sposób odmienny od określonego w OPZ. Odwołujący nie skorzystał przy tym przed otwarciem ofert z możliwości zapytania zamawiającego, czy dopuszcza inne rozwiązanie polegające na neutralizacji tłucznia kolejowego. Przedstawienie go zatem dopiero w ramach wyjaśniania ceny oferty doprowadziło do sytuacji, w której okazało się, że oferta odwołującego nie jest zgodna z OPZ (stanowiącym część swz).

Dodatkowo zastosowanie ww. rozwiązania spowodowało, że odwołujący nie uwzględnił w cenie oferty kosztów załadunku i transportu odpadów do punktu utylizacji. Tymczasem zamawiający w wezwaniu do złożenia wyjaśnień wyraźnie wymagał złożenia m.in. dowodów dotyczących kosztów utylizacji odpadów. Odwołujący złożył kosztorys bez wyszczególnienia wymaganych kosztów robocizny, kosztów zakupu materiałów oraz kosztów pracy sprzętu dla pozycji dotyczących utylizacji tłucznia kolejowego i sam wskazał, że z uwagi na ww. technologię (niezgodną z swz) nie przewidział kosztów tej utylizacji, a właśnie jej zastosowanie umożliwiło mu obniżenie ceny oferty. Należy przy tym zauważyć, że brak uwzględnienia kosztów w zakresie załadunku i transportu oczyszczonego tłucznia kolejowego, zamawiający wprost wskazał w uzasadnieniu odrzucenia oferty.

W świetle ww. okoliczności, słusznie zatem zamawiający uznał, że oferta odwołującego podlega odrzuceniu jako zawierająca rażąco niską cenę. Należy bowiem zauważyć, że w myśl art. 224 ust. 6 ustawy Pzp, oferta wykonawcy, którego wyjaśnienia nie uzasadniają podanej w ofercie ceny lub kosztu, podlega odrzuceniu jako oferta z rażąco niską ceną lub kosztem. Wyjaśnienia odwołującego, który sam przyznał, że obniżenie ceny jego oferty jest wynikiem zastosowania ww. rozwiązania niezgodnego z swz, nie uzasadniają podanej w jego ofercie ceny lub kosztu. Zamawiający był zatem uprawniony do odrzucenia oferty odwołującego na podstawie art. 226 ust. 1 pkt 8 ustawy Pzp, jako oferty z rażąco niską ceną.

Już tylko na marginesie należy zauważyć, że niezależnie od niezgodności technologii neutralizacji tłucznia kolejowego z swz i nieuwzględnienia przez odwołującego kosztów jego utylizacji, odwołujący nie przedstawił również żadnych dowodów na możliwość zastosowania ww. rozwiązania i na jego wpływ na cenę oferty. Odwołujący uzasadniał brak złożenia jakichkolwiek dowodów tym, że nie chce, aby przed aukcją elektroniczną inni wykonawcy mogli się z nimi zapoznać. Brak złożenia dowodów powoduje jednak, że wyjaśnienia w tym zakresie nie mogą być uznane za uzasadniające cenę oferty. Powyższe nie zmienia faktu, że jak wskazano wyżej, niezgodność wskazanej w wyjaśnieniach technologii neutralizacji tłucznia kolejowego z swz i brak uwzględnienia kosztów utylizacji, stanowią wystarczającą podstawę odrzucenia oferty odwołującego jako zawierającej rażąco niską cenę.

Izba nie odnosi się przy tym do podniesionego przez zamawiającego na rozprawie argumentu o niezgodności ww. rozwiązania polegającego na neutralizacji tłucznia kolejowego z przepisami o odpadach, ponieważ okoliczność ta nie została podana w uzasadnieniu odrzucenia oferty.

Wobec powyższego, Izba postanowiła jak w sentencji wyroku, orzekając na

podstawie art. 552 ust. 1, art. 553 i art. 554 ust. 1 pkt 1 ustawy Pzp.

Orzeczenie Izby zostało wydane w oparciu o dokumentację postępowania o udzielenie zamówienia oraz w oparciu o stanowiska stron przedstawione na rozprawie i w pismach procesowych.

O kosztach postępowania orzeczono stosownie do wyniku, na podstawie art. 574 ustawy Pzp oraz w oparciu o przepisy § 8 ust. 1 i ust. 2 pkt 1 w zw. z § 5 pkt 1 rozporządzenia w sprawie szczegółowych rodzajów kosztów postępowania odwoławczego, ich rozliczania oraz wysokości i sposobu pobierania wpisu od odwołania (Dz.U. z 2020 r. poz. 2437).

Przewodniczący

KIO 2941/21

12