Sygn. akt: KIO 173/22

WYROK

z dnia 7 lutego 2022 r.

Krajowa Izba Odwoławcza - w składzie:

Przewodniczący: Przemysław Dzierzędzki
Protokolant: Klaudia Kwadrans

po rozpoznaniu na rozprawie w dniu 7 lutego 2022 r. w Warszawie odwołania wniesionego do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej w dniu 21 stycznia 2022 r. przez wykonawcę

Maxcalc sp. z o.o. w Antoniowie

w postępowaniu prowadzonym przez Bytomskie Przedsiębiorstwo Komunalne sp. z o.o. w Bytomiu

orzeka:

1. oddala odwołanie,

2. kosztami postępowania obciąża Maxcalc sp. z o.o. w Antoniowie i:

2.1. zalicza w poczet kosztów postępowania odwoławczego kwotę 15.000 zł 00 gr (słownie: piętnastu tysięcy złotych zero groszy) uiszczoną przez wykonawcę Maxcalc sp. z o.o. w Antoniowie tytułem wpisu od odwołania,

2.2. zasądza od Maxcalc sp. z o.o. w Antoniowie na rzecz Bytomskie Przedsiębiorstwo Komunalne sp. z o.o. w Bytomiu kwotę 3.600 zł 00 gr (słownie: trzech tysięcy sześciuset złotych zero groszy), stanowiącą uzasadnione koszty strony poniesione z tytułu wynagrodzenia pełnomocnika.

Stosownie do art. 579 i 580 ustawy z dnia 11 września 2019 r. - Prawo zamówień publicznych (t.j. 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 173/22

U z a s a d n i e n i e

Bytomskie Przedsiębiorstwo Komunalne sp. z o.o. w Bytomiu, zwane dalej

„zamawiającym”, prowadzi postępowanie o udzielenie zamówienia na podstawie przepisów ustawy z dnia 11 września 2019 r. - Prawo zamówień publicznych (t.j. Dz. U. z 2021 r. poz. 1129 ze zm.), zwanej dalej „ustawą Pzp” lub „Pzp”, którego przedmiotem jest „odbiór i zagospodarowanie ustabilizowanych osadów ściekowych o kodzie 19 08 05 z Oczyszczalni Ścieków Centralna, Miechowice, Bobrek.”.

Ogłoszenie o zamówieniu zostało opublikowane w Dzienniku Urzędowym Unii Europejskiej 17 listopada 2021 r., nr 2021/S 223-588135.

Wobec czynności i zaniechań zamawiającego w ww. postępowaniu w dniu 21 stycznia 2022 r. do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej wniósł odwołanie wykonawca Maxcalc sp. z o.o. w Antoniowie, zwany dalej „odwołującym".

Odwołujący zarzucił zamawiającemu naruszenie:

1) art. 16 Pzp i art. 226 ust. 1 pkt 8 Pzp przez odrzucenie swej oferty jako zawierającej rażąco niską cenę, podczas gdy cena zaoferowana przez niego jest realna, rynkowo uzasadniona oraz pozwala na należyte wykonanie zamówienia i osiągnięcie zysku przez niego,

2) art. 16 Pzp i art. 239 ust. 1 Pzp przez wybór jako najkorzystniejszej oferty złożonej przez wykonawcę SOPOT II W. K. (Sopot) pomimo tego, iż oferta złożona przez Sopot nie była najkorzystniejszą ofertą złożoną w toku postępowania.

Odwołujący wniósł o nakazanie zamawiającemu:

1) unieważnienie czynności wyboru najkorzystniejszej oferty

2) unieważnienie czynności odrzucenia swej oferty,

3) powtórzenia czynności badania i oceny oferty z uwzględnieniem swej oferty,

4) powtórzenia czynności wyboru najkorzystniejszych ofert.

W uzasadnieniu odwołania odwołujący wskazał, że zadanie wykonawcy polega na transporcie osadów z oczyszczalni ścieków do miejsca ich zagospodarowania i następnie- na samym zagospodarowaniu przedmiotowych osadów zgodnie z metodą wybraną przez danego wykonawcę. Odwołujący wskazał, że w jego przypadku zagospodarowanie metodą R10 polega na wykorzystaniu odpadów w rolnictwie poprzez rozprowadzenie na powierzchni gruntu i zmieszania osadów z ziemią. Zdaniem odwołującego, przedmiot zamówienia nie jest związany z szczególną i kosztowną technologią, bądź skomplikowanym know-how. W zasadzie czynnikami kosztotwórczymi są tylko transport (samochód + kierowca) i zagospodarowanie osadów (pole + rozprowadzenie i zmieszanie odpadów).

Odwołujący podniósł, że zamawiający dokonał nieprawidłowego określenia szacunkowej wartości zamówienia, a zatem niewłaściwie określił wskaźnik, do którego- na podstawie stosownych przepisów Pzp - odnoszone są ceny zaoferowane przez poszczególnych wykonawców. Argumentował, że cena oferty wybranej jako najkorzystniejsza jest o 20% niższa od szacunkowej wartości zamówienia, zaś średnia arytmetyczna ofert jest niższa od tej wartości o 33,75%. W ocenie odwołującego powyższe fakty wskazują na zawyżenie szacunkowej wartości zamówienia przez zamawiającego. Uważał, że odniesienie ceny zaoferowanej przez niego do szacunkowej wartości zamówienia jest nieprzydatne i nie niesie żadnej wartości poznawczej.

Zdaniem odwołującego, cena ofertowa jest niższa od średniej arytmetycznej cen zaoferowanych przez pozostałych oferentów jedynie o 21,96%. Średnia wartość ofert złożonych w toku postępowania wynosi 2.444.175,00 zł, a jego cena to 1.907.550,00zł. Cena ofertowa nie odstaje zatem znacząco od średniej arytmetycznej pozostałych ofert- jest na poziomie akceptowalnym przez zamawiającego, czemu zamawiający dał wyraz wybierając ofertę Sopot, która jest o tyle samo niższa od szacunkowej przedmiotu zamówienia.

Odwołujący podniósł, że zamawiający w kwietniu 2021r. prowadził postępowanie przetargowe na tożsame zadanie co w niniejszym przypadku, tj. na odbiór i zagospodarowanie ustabilizowanych osadów ściekowych o kodzie 19 08 05 z Oczyszczalni Ścieków Centralna, Miechowice, Bobrek. W toku powyższego postępowania, jednym z oferentów był S. K. S., a zatem z prawdopodobieństwem graniczącym z pewnością osoba powiązana z oferentem S. II W. K. (wskazuje na to ten sam adres oraz bardzo podobna firma). Odwołujący argumentował, że cena zaoferowana ówcześnie przez niego wynosiła 139,50 zł, czyli była wyższa od jego ceny jedynie o 12,33 zł - mniej niż 10%.

Zdaniem odwołującego, skoro niespełna pół roku temu cena niewiele różniąca się od jego ceny nie budziła żadnych wątpliwości zamawiającego to nie ma żadnych racjonalnych przesłanek do uznania, iż obecnie jego cena może zostać uznana za rażąco niską. Zdaniem odwołującego, skoro pół roku temu zamawiający nie miał zastrzeżeń do ceny 139,50 zł za

przedmiot zamówienia, to obecnie nie ma podstaw do kwestionowania ceny 127,17 zł za dokładnie to samo.

Odwołujący wskazał, że czynnikami cenotwórczymi są:

1. koszt transportu- zakres przedmiotu zamówienia oznaczony jako „odbiór”,

2. koszt zapewnienia terenu do wykorzystania osadów- zakres przedmiotu zamówienia oznaczony jako „zagospodarowanie”,

3. koszt pracowników,

4. zysk wykonawcy.

Ad. 1 koszty transportu

Odwołujący podniósł, że z ogólnej ceny ofertowej, skalkulował ten zakres przedmiotu umowy na kwotę 30,00 zł/tona. Wskazał, że transport będzie odbywał się z oczyszczalni do Gminy Zbrosławice, a zatem na trasach o następujących długościach:

1. oczyszczalnia Miechowice- 12,2 km,

2. oczyszczalnia Centralna- 14,3 km,

3. oczyszczalnia Bobrek- 12,2 km.

Odwołujący argumentował, że transport odpadów odbywał się będzie na bardzo krótkich trasach, co wskazuje na niewielki koszt z tym związany. Według odwołującego realność kosztu transportu wynika ponadto z umowy zawartej przez niego z EuroBud W. D., K. B. s.c. w której usługę transportu (wraz ze sprzętem).

Ad. 2 - koszt zagospodarowania

Odwołujący wskazał, że z ogólnej ceny ofertowej, skalkulował ten zakres przedmiotu umowy na kwotę 30,00 zł/tona. Odwołujący argumentował, że przyjął powyższą kwotę na podstawie dotychczasowego doświadczenia ze współpracy z rolnikami. Stawka 30,00 zł stosowana była odnośnie analogicznych usług w roku 2021r. i nie uległa zmianie. Odwołujący ujawnił, że współpracował w tym zakresie z czterema podmiotami, tj. Gospodarstwem Rolno Handlowym R. K., M. L. Agrolis, Gospodarstwem Rolnym P. Z. i Gospodarstwem Rolnym S. K.- na dowód czego złożył odpisy faktury VAT wystawianych przez te osoby.

Ad. 3 - koszty pracownicze.

Odwołujący wskazał, że z ogólnej ceny ofertowej, skalkulował ten zakres przedmiotu umowy na kwotę 30,00 zł/tona. Odwołujący argumentował, że ogólna cena ofertowa została podana- zgodnie z SWZ- dla poziomu 15000 ton/rok, co przekłada się na poziom 1250 ton/miesiąc. W tym stanie rzeczy, na koszt wynagrodzeń pracowniczych przypada kwota

37.500,00 zł miesięcznie. Zdaniem odwołującego, powyższa kwota jest wystarczająca do pokrycia kosztów wynagrodzeń pracowniczych, tym bardziej, że przy wykonywaniu przedmiotu zamówienia docelowo ma być zaangażowanych dwóch pracowników,

pracujących na zmiany.

AD.4- zysk.

Odwołujący wskazał, że z ogólnej ceny ofertowej, skalkulował ten zakres przedmiotu umowy na kwotę 37,17 zł/tona. Zysk na poziomie ok. 25% całości ceny jest standardowym zyskiem w tego typu zamówieniach. Przedmiotowy zysk jest zyskiem rynkowym, pozwalający na wykonanie przedmiotu zamówienia w sposób należyty.

Zamawiający złożył odpowiedź na odwołanie, w której wniósł o oddalenie odwołania. W trakcie rozprawy przedstawił uzasadnienie faktyczne i prawne swego stanowiska.

Uwzględniając całość dokumentacji z przedmiotowego postępowania, w tym w

szczególności: ogłoszenie o zamówieniu, postanowienia specyfikacji warunków zamówienia (SWZ), informację z otwarcia ofert, ofertę odwołującego, wezwanie

zamawiającego z 15 grudnia 2021 r. skierowane do odwołującego do złożenia wyjaśnień co do elementów oferty mających wpływ na wysokość ceny wraz z dowodami, wyjaśnienia odwołującego z 20 grudnia 2021 r. co do ceny ofertowej odwołującego, zawiadomienie o wyborze oferty najkorzystniejszej i odrzuceniu oferty odwołującego z 10 stycznia 2022 r., załączniki do odwołania, załączniki do odpowiedzi na odwołanie, jak również biorąc pod uwagę oświadczenia, stanowiska i dokumenty złożone przez strony w trakcie posiedzenia i rozprawy, Krajowa Izba Odwoławcza ustaliła i zważyła, co następuje:

Izba postanowiła nie dopuścić do udziału w postępowaniu odwoławczym w charakterze uczestnika postępowania odwoławczego wykonawcy W. K., prowadzącej w Nakle Śląskim działalność gospodarczą pod nazwą Sopot II, W. K..

Zgodnie z art. 525 ust. 1 ustawy Pzp, Wykonawca może zgłosić przystąpienie do postępowania odwoławczego w terminie 3 dni od dnia otrzymania kopii odwołania, wskazując stronę, do której przystępuje, i interes w uzyskaniu rozstrzygnięcia na korzyść strony, do której przystępuje. Jak wynikało z pisma zamawiającego z dnia 26 stycznia 2022 r. znak BPK/DZ/23/2022, zamawiający kopię odwołania wraz z wezwaniem do zgłoszenia przystąpienia do postępowania odwoławczego przesłał ww. wykonawcy drogą elektroniczną w dniu 26 stycznia 2022 r. Tym samym z ww. chwilą rozpoczął bieg termin na zgłoszenie przystąpienia do postępowania odwoławczego. Trzydniowy termin na zgłoszenie przystąpienia upłynął wykonawcy w dniu 31 stycznia 2022 r. (uwzględniając fakt, że dzień 29 stycznia 2022 r. był sobotą, a dzień 30 stycznia 2022 r. niedzielą - dniem wolnym od pracy zgodnie z art. 509 ustawy Pzp). Tymczasem wykonawca doręczył zgłoszenie przystąpienia do postępowania odwoławczego Prezesowi Izby dopiero w dniu 3 lutego 2022 r. (prezentata Krajowej Izby Odwoławczej na zgłoszeniu przystąpienia z adnotacją o wpływie pisma). Wskazać w tym miejscu należy, że dla zachowania terminu zgłoszenia przystąpienia do postępowania odwoławczego znaczenie ma data doręczenia zgłoszenia do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej.

Wprawdzie pismo ze zgłoszeniem przystąpienia zostało nadane na poczcie w dniu 31 stycznia 2022 r. (stempel na kopercie), jednakże ustawa Pzp wyraźnie nie łączy żadnych skutków z nadaniem zgłoszenia przystąpienia do postępowania odwoławczego w placówce pocztowej operatora wyznaczonego, inaczej niż w przypadku innych pism (por. przykładowo przepis art. 580 ust. 2 ustawy Pzp, który ze złożeniem skargi na orzeczenie Izby w takiej placówce łączy skutki wniesienia skargi do sądu). A zatem z nadaniem zgłoszenia przystąpienia w placówce pocztowej operatora wyznaczonego w dniu 31 stycznia 2022 r. nie

można było łączyć skutków wniesienia pisma do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej. Powyższe stanowisko jest ugruntowane i prezentowane jednolicie w orzecznictwie Izby. Prawidłowość tego stanowiska, na tle analogicznych przepisów poprzedniej ustawy Pzp

dotyczących wniesienia odwołania, potwierdza również uchwała Sądu Najwyższego z 7 lutego 2014 r., sygn. akt II CZP 90/13, w której stwierdził, że nie ma znaczenia dla zachowania terminu do wniesienia odwołania okoliczność, kiedy pismo z odwołaniem zostanie złożone w placówce operatora wyznaczonego.

Wobec powyższego stwierdzono, że wykonawca W. K., prowadząca w Nakle Śląskim działalność gospodarczą pod nazwą Sopot II, W. K. nie uzyskała statusu uczestnika postępowania odwoławczego.

Art. 16 ustawy Pzp stanowi, że Zamawiający przygotowuje i przeprowadza postępowanie o udzielenie zamówienia w sposób:

1) zapewniający zachowanie uczciwej konkurencji oraz równe traktowanie wykonawców;

2) przejrzysty;

3) proporcjonalny.

Stosownie do art. 224 ustawy Pzp:

1. 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.

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;

2) wartości zamówienia powiększonej o należny podatek od towarów i usług, zaktualizowanej z uwzględnieniem okoliczności, które nastąpiły po wszczęciu postępowania, w szczególności istotnej zmiany cen rynkowych, zamawiający może zwrócić się o udzielenie wyjaśnień, o których mowa w ust. 1.

3. 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. poz. 2207) 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.

4. 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.

5. Obowiązek wykazania, że oferta nie zawiera rażąco niskiej ceny lub kosztu spoczywa na wykonawcy.

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.

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

Art. 239 ust. 1 ustawy Pzp stanowi, że zamawiający wybiera najkorzystniejszą ofertę na podstawie kryteriów oceny ofert określonych w dokumentach zamówienia.

Ustalono, że przedmiotem zamówienia jest odbiór i zagospodarowanie

ustabilizowanych osadów ściekowych o kodzie 19 08 05 z Oczyszczalni Ścieków Centralna, Miechowice, Bobrek.

Ustalono także, że zamawiający ustalił wartość szacunkową zamówienia na kwotę

3.415.800 zł netto. Wartość ta została ustalona 15 października 2021 r. na podstawie rozeznania rynku (pkt 3 protokołu postępowania, w aktach sprawy, w dokumentacji elektronicznej przesłanej przez zamawiającego).

Ustalono także, że do upływu terminu składania ofert do zamawiającego wpłynęły następujące oferty:

1) odwołującego z ceną brutto 1.907.550,00 zł brutto,

2) wykonawcy SOPOT II W. K. z ceną 2.980.800 brutto zł.

Zamawiający przeznaczył na sfinansowanie zamówienia kwotę 3.689.064,00 zł brutto. (por. informacja z otwarcia ofert i o kwocie przeznaczonej na sfinansowanie zamówienia, w dokumentacji postępowania przekazanej przez zamawiającego na nośniku elektronicznym).

Ustalono ponadto, że zamawiający pismem z 15 grudnia 2021 r. działając, na podstawie art. 224 ust. 1 ustawy Pzp, wezwał odwołującego do złożenia pisemnych wyjaśnień, w tym złożenia dowodów w zakresie wyliczenia ceny zaoferowanej w formularzu ofertowym, w związku z tym że zaoferowana cena jest niższa o co najmniej 30% od wartości zamówienia powiększonej o należny podatek od towarów i usług ustalonej przed wszczęciem postępowania. Zamawiający w wezwaniu wskazał, że w związku z powyższym w wyjaśnieniu należy wskazać czy i jaki wpływ na wysokość zaoferowanej ceny mają w szczególności okoliczności wymienione w art. 224 ust. 3 ustawy Pzp.

W dalszej kolejności ustalono, że w odpowiedzi na ww. wezwanie odwołujący złożył wyjaśnienia z 20 grudnia 2021 r.

Oświadczył, że przedłożona oferta uwzględnia i spełnia wszelkie wymagania określone w SWZ, jak również jest pełna, tj. obejmuje wszystkie koszty i wydatki jakie Spółki zamierza ponieść z tytułu należytej oraz zgodnej z obowiązującymi przepisami realizacji przedmiotowego zadania. Oferta została przygotowana z zachowaniem najwyższej staranności, z uwzględnieniem posiadanego doświadczenia z lat wcześniejszych, które pozwala na oszacowanie rzeczywistego nakładu pracy i kosztów.

Następnie zauważam, że zaoferowana cena jest niższa od średniej arytmetycznej cen zaoferowanych przez pozostałych oferentów jedynie 0 21,96%. Średnia wartość ofert złożonych w toku postępowania wynosi 2.444.175,00 zł, a nasza cena to 1.907.550,00zł. Cena ofertowa nie odstaje zatem znacząco od średniej arytmetycznej pozostałych ofert, co stanowi dodatkowy argument przemawiający za tym, że cena jest realistyczna, rynkowa i z całą pewnością nie jest rażąco niska.

Po trzecie oświadczam, iż wycena oferty- zgodna z SWZ i załącznikami do SWZ, a także uwzględniająca realia rynkowe - została przeprowadzona na bazie doświadczenia posiadanego z dotychczas realizowanych przeze Spółkę umów, o tożsamym przedmiocie co niniejsze zamówienie. Wszystkie zlecone nam zadania zostały wykonane prawidłowo, a nabyte doświadczenie i skala działalności pozwalają nam na optymalne zaplanowanie sposobu wykonywania przedmiotu umowy oraz uzyskanie preferencyjnych warunków cenowych u dostawców materiałów i sprzętu, a tym samym minimalizację kosztów przy zachowaniu należytej jakości świadczonych usług.

Po czwarte oświadczam, że wszelkie koszty związane z opłaceniem pracowników- według stawek wynagrodzenia wyższych niż minimalne- zostały w ofercie uwzględnione.

Tymczasem w ofercie Spółki skalkulowany jest zysk, w pełni pozwalający na zachowanie rentowności firmy.

Celem podsumowania niniejszego pisma, podkreślam i ponownie zapewniam, że złożona przez Spółkę oferta jest w pełni zgodna z SIWZ i wszelką inną dokumentacją przetargową, czyni zadość przepisom prawa, jest uzasadniona ekonomicznie oraz jest wiarygodna i realistyczna, a niezależnie od tego - pozwala na osiągnięcie przez Spółkę zysku na satysfakcjonującym i właściwym poziomie.

Do wyjaśnień załączono jako załącznik nr 1 kalkulację elementów cenotwórczych. W kalkulacji zaprezentowano jednozdaniowo rozbicie ceny ofertowej na kilak składników. Treść kalkulacji została przez odwołującego zastrzeżona jako tajemnica przedsiębiorstwa i nie zostanie przytoczona.

Następnie ustalono, że pismem z 10 stycznia 2022 r., zamawiający zawiadomił

odwołującego o wyborze oferty wykonawcy Sopot II W. K. oraz o odrzuceniu jego oferty na podstawie art. 226 ust. 1 pkt 8 Pzp, gdyż oferta odwołującego zawiera rażąco niską cenę w stosunku do przedmiotu zamówienia. Zamawiający wskazał, że zaproponowana przez wykonawcę oferta została odrzucona ze względu na rażąco niską cenę w stosunku do przedmiotu zamówienia. Dokonana ocena wyjaśnień wraz z dostarczonymi dowodami nie uzasadnia rażąco niskiej ceny.

Odwołanie nie zasługuje na uwzględnienie.

Izba stwierdziła, że cena oferty odwołującego (1.907.550 zł brutto) odbiegała o ponad 30% od wartości szacunkowej zamówienia powiększonej o należny podatek VAT (3.415.800,00 zł plus VAT). W tej sytuacji zamawiający, zgodnie z art. 224 ustawy Pzp, miał nie tylko prawo ale i prawny obowiązek wezwać wykonawcę do złożenia wyjaśnień co do wyliczenia ceny oraz złożenia stosownych dowodów. Realizując normę wynikającą z ww. przepisu zamawiający skierował do odwołującego wezwanie do złożenia wyjaśnień w piśmie z dnia 15 grudnia 2021 r. W wezwaniu tym zamawiający nałożył na odwołującego obowiązek wyjaśnienia w szczególności okoliczności, o których mowa w art. 224 ust. 3 ustawy Pzp. Odwołujący zobowiązany został zatem z mocy powołanego wezwania do wyjaśnienia i udowodnienia co najmniej następujących okoliczności wymienionych w art. 224 ust. 3 ustawy Pzp:

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. poz. 2207) 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.

Jak wynikało z treści art. 224 ust. 5 ustawy Pzp obowiązek wykazania, że oferta nie zawiera rażąco niskiej ceny lub kosztu spoczywa na wykonawcy. Polski ustawodawca przesądził w przywołanym przepisie, że wykonawca wezwany do złożenia wyjaśnień w trybie art. 224 ustawy Pzp, ma obowiązek udowodnić zamawiającemu, że jego oferta nie zawiera ceny rażąco niskiej. Z przepisu tego wynika zatem domniemanie, że wykonawca wezwany do złożenia wyjaśnień zaoferował cenę rażąco niską. Wyjaśnienia i dowody na ich poparcie, składane przez wykonawcę w odpowiedzi na wezwanie, muszą zaś obalić owo domniemanie. Nie ulega również wątpliwości, że udowodnienie realności ceny powinno nastąpić w toku postępowania o udzielenie zamówienia przed zamawiającym. Jeżeli wykonawca ciężaru obalenia domniemania rażąco niskiej ceny w postępowaniu przed zamawiającym nie udźwignie, to jego oferta podlega odrzuceniu. Przepis art. 224 ust. 6 ustawy Pzp stanowi bowiem, że podlega odrzuceniu jako oferta z rażąco niską cena lub kosztem, oferta wykonawcy, który nie udzielił wyjaśnień w wyznaczonym terminie, lub jeżeli złożone wyjaśnienia wraz z dowodami nie uzasadniają podanej w ofercie ceny lub kosztu.

Jak wynikało z uzasadnienia faktycznego czynności odrzucenia oferty odwołującego z dnia 10 stycznia 2022 r., powodem odrzucenia oferty odwołującego było złożenie zbyt lakonicznych wyjaśnień nie uzasadniających ceny i nie poparcie ich dowodami. Powodem

odrzucenia oferty odwołującego nie było zaś merytoryczne stwierdzenie przez zamawiającego, że jakiś konkretny składnik ceny ofertowej został błędnie skalkulowany.

Izba stwierdziła, że powód odrzucenia oferty odwołującego podany przez

zamawiającemu w piśmie z dnia 10 stycznia 2022 r. okazał się nad wyraz trafny. Dostrzeżenia wymagało, że wyjaśnienia odwołującego z dnia 20 grudnia 2021 r. w żaden sposób nie obalały domniemania zaoferowania rażąco niskiej ceny. Wyjaśnienia te w części ogólnej zawierały przede wszystkim polemikę z treścią wezwania zamawiającego, a więc nie były wyjaśnieniami ceny, o których mowa w art. 224 ust. 3 Pzp. W dalszej kolejności wyjaśnienia zawierały kilkukrotnie powtarzane zapewnienia wykonawcy o jego doświadczeniu w świadczeniu analogicznych usług. Twierdzenia te nie stanowiły również elementu kalkulacyjnego i wyjaśnień rażąco niskiej ceny. Następnie w części ogólnej wyjaśnień znalazło się jedno krótkie, lakoniczne zapewnienie wykonawcy, że w cenie ofertowej skalkulowano koszty związane z opłaceniem pracowników, według stawek wyższych niż minimalne. Tego rodzaju zapewnienie nie stanowiło opisanego w art. 224 ust. 3 pkt 6 Pzp wykazania zgodności ceny ofertowej z przepisami z zakresu prawa pracy i ubezpieczeń społecznych. W szczególności, pomimo wezwania i lektury wyjaśnień w dalszym ciągu nie wiadomo było, ilu pracowników będzie realizować usługę, ile roboczogodzin założono. Nie wiadomo też, jakie konkretnie wynagrodzenie odwołujący uwzględnił w cenie ofertowej.

Ponadto Izba stwierdziła, że w części utajnionej wyjaśnień znalazło się dosłownie jedno, merytoryczne zdanie, stanowiące de facto rozbicie zaoferowanej ceny za zagospodarowanie 1 tony odpadów na cztery wskazane elementy. Dostrzeżenia wymagało jednak, że rozbiciu temu nie towarzyszyło ujawnienie jakikolwiek założeń, które uzasadniałyby realność ujawnionych elementów cenotwórczych. Nie przedstawiono też jakichkolwiek dowodów. Tym samym należało stwierdzić, że odwołujący uniemożliwił zamawiającemu weryfikację prawidłowości podanej ceny i nie zrealizował wezwania

zamawiającego do złożenia przekonujących wyjaśnień, nie wspominając już o sferze

dowodowej.

Podsumowując Izba stwierdziła, że odwołujący złożył rażąco lakoniczne wyjaśnienia, z których nic nie wynikało. W tej sytuacji zamawiający słusznie doszedł do przekonania w piśmie z dnia 10 stycznia 2022 r., że złożone wyjaśnienia nie uzasadniają ceny.

Podkreślenia wymagało, że odwołujący podjął próbę uzasadnienia realności zaoferowanej przez siebie ceny ofertowej dopiero w toku postępowania odwoławczego. Dopiero też wtedy przedstawił jakiekolwiek dowody uzasadniające niektóre założenia i elementy cenotwórcze. Ujawnił m.in. dokąd będą transportowane odpady, wysokość kosztu odbioru odpadów od swych kontrahentów. Jednakże powyższe działania, z przyczyn wskazanych również wcześniej, okazały się spóźnione. Dostrzeżenia wymagało w tym miejscu, że Izba nie zastępuje zamawiającego, jego komisji przetargowej ani kierownika i nie prowadzi postępowania o udzielenie zamówienia publicznego. Izba zgodnie z art. 513 ustawy Pzp rozpoznaje odwołanie wobec czynności i zaniechań zamawiającego oceniając ich zgodność z prawem w granicach zarzutów podniesionych w odwołaniu. Skoro powodem odrzucenia oferty odwołującego było złożenie zbyt lakonicznych wyjaśnień, które nie uzasadniały ceny i niepoparcie ich dowodami, to rolą Izby w toku postępowania

odwoławczego było jedynie zbadanie, czy rzeczywiście ten powód odrzucenia oferty się

potwierdza.

Izba, działając na podstawie art. 541 ustawy Pzp, postanowiła oddalić wnioski odwołującego o przeprowadzenie dowodów z:

1. dwóch wydruków z google maps obrazujących odległość z miejsca odbioru osadów do miejsca ich zagospodarowania- na okoliczność wykazania przedmiotowej odległości;

2. odpisu umowy podwykonawczej zawartej przez Odwołującego z Euro-bud W. D., K. B. s.c. z dnia 10 grudnia 2021r.- na okoliczność wykazania kosztów wykonania części zakresu przedmiotu zamówienia;

3. odpisu: (i) faktury VAT wystawionej przez Gospodarstwo Rolno Handlowe R. K., (ii) sześciu faktur VAT wystawionych przez M. L. Agrolis, (iii) faktury VAT wystawionej przez Gospodarstwo Rolne S. K., (iv) faktury VAT wystawionej przez Gospodarstwo Rolne P. Z. - na okoliczność wykazania kosztów wykonania części zakresu przedmiotu zamówienia;

4. wydruku informacji z otwarcia ofert z dnia 15 kwietnia 2021r. oraz ogłoszenia o wyborze z dnia 23 kwietnia 2021r. w postępowaniu prowadzonym przez Zamawiającego na „Odbiór i zagospodarowanie ustabilizowanych osadów ściekowych o kodzie 19 08 05 z Oczyszczalni

Ścieków Centralna, Miechowice, Bobrek”- na okoliczność rynkowego charakteru ceny

zaoferowanej przez niego;

5. oświadczenia „zapewnienie przyjęcia” z firmy BM Recykling z 10.12.2021 roku na

okoliczność treści tego dokumentu, tj. że ww. firma zobowiązała się do ewentualnego przyjęcia od odwołującego odpadu o kodzie R3;

6. oświadczenia zamawiającego z 09.04.2021 roku stanowiącego odpowiedzi na pytania w postępowaniu na „odbiór i zagospodarowanie ustabilizowanych osadów ściekowych o kodzie 19 08 05 z oczyszczalni ścieków Centralna, Miechowice, Bobrek nr 12/2021”, poprzedzającym ogłoszenie niniejszego postępowania, na okoliczność treści tego dokumentu, w szczególności odpowiedzi na pytanie nr 1;

7. SWZ w postępowaniu prowadzonym przez Wodociągi Jaworzno sp. z o.o. na wywóz i zagospodarowanie osadów ściekowych metodą R3 i R10 z oczyszczalni ścieków Dąb, na okoliczność wykazania, iż Zamawiający w tym postępowaniu wskazał wykonawcy określoną ilość odpadów, które winny być zagospodarowane poszczególnymi metodami uznając, że dowody te zostały powołane jedynie dla zwłoki.

Stosownie do ww. przepisu, Izba odmawia przeprowadzenia wnioskowanych dowodów, jeżeli fakty będące ich przedmiotem zostały już stwierdzone innymi dowodami lub gdy zostały powołane jedynie dla zwłoki.

Stwierdzono, że okoliczności, jakie mają zostać wykazane zgłaszanymi dowodami, pozostawały bez jakiegokolwiek znaczenia dla rozstrzygnięcia sprawy. Jak wynikało z uzasadnienia faktycznego czynności odrzucenia oferty odwołującego z dnia 10 stycznia 2022 r., powodem odrzucenia oferty odwołującego było złożenie, w ramach procedury wyjaśniającej przed zamawiającym, o której mowa w art. 224 ustawy Pzp, zbyt lakonicznych wyjaśnień, które nie uzasadniały realności ceny. Powodem odrzucenia oferty odwołującego nie było zaś merytoryczne stwierdzenie przez zamawiającego, że jakiś konkretny składnik ceny ofertowej został błędnie skalkulowany. Dostrzeżenia wymaga, że Izba nie zastępuje zamawiającego, jego komisji przetargowej ani kierownika i nie prowadzi postepowania o udzielenie zamówienia publicznego. Izba zgodnie z art. 513 ustawy Pzp rozpoznaje odwołanie wobec czynności i zaniechań zamawiającego oceniając ich zgodność z prawem w granicach zarzutów podniesionych w odwołaniu. Skoro powodem odrzucenia oferty odwołującego było złożenie zbyt lakonicznych wyjaśnień, to rolą Izby w toku postępowania odwoławczego było jedynie zbadanie, czy rzeczywiście ten powód odrzucenia oferty się potwierdza. W tej sytuacji dowody zgłaszane przez odwołującego w sposób oczywisty były nieprzydatne do rozpoznania sprawy, skoro zmierzały one do uzupełnienia przez odwołującego przed Izbą wyjaśnień i dowodów na okoliczności o charakterze merytorycznym, a mianowicie że cena oferty odwołującego nie jest rażąco niska.

Stosownie do art. 553 ustawy z dnia 11 września 2019 r. - Prawo zamówień publicznych (t. jedn. Dz. U. z 2021 r. poz. 1129 ze zm.), o oddaleniu odwołania lub jego uwzględnieniu Izba orzeka w wyroku. W pozostałych przypadkach Izba wydaje postanowienie. Orzeczenie Izby, o którym mowa w pkt 1 sentencji, miało charakter merytoryczny, gdyż odnosiło się do oddalenia odwołania. Z kolei orzeczenie Izby zawarte w pkt 2 sentencji miało charakter formalny, gdyż dotyczyło kosztów postępowania, a zatem było postanowieniem. O tym, że orzeczenie o kosztach zawarte w wyroku Izby jest postanowieniem przesądził Sąd Najwyższy w uchwale z 8 grudnia 2005 r. III CZP 109/05 (OSN 2006/11/182). Z powołanego przepisu art. 553 ust. 1 ustawy Pzp wynika zakaz wydawania przez Izbę orzeczenia o charakterze merytorycznym w innej formie aniżeli wyrok. Z uwagi zatem na zbieg w jednym orzeczeniu rozstrzygnięć o charakterze merytorycznym (pkt 1 sentencji) i formalnym (pkt 2 sentencji), całe orzeczenie musiało przybrać postać wyroku.

Zgodnie z przepisem art. 554 ust. 1 pkt 1 ustawy Pzp, Krajowa Izba Odwoławcza uwzględnia odwołanie w całości lub w części, jeżeli stwierdzi naruszenie przepisów ustawy, które miało wpływ lub może mieć istotny wpływ na wynik postępowania o udzielenie zamówienia, konkursu lub systemu kwalifikowania wykonawców. W analizowanej sprawie nie stwierdzono żadnych naruszeń ustawy Pzp, co musiało skutkować oddaleniem odwołania.

Wobec powyższego, na podstawie art. 553 ustawy Pzp, orzeczono jak w pkt 1

sentencji.

Zgodnie z art. 557 ustawy Pzp, w wyroku oraz w postanowieniu kończącym postępowanie odwoławcze Izba rozstrzyga o kosztach postępowania odwoławczego. Z kolei w świetle art. 575 ustawy Pzp, strony oraz uczestnik postępowania odwoławczego wnoszący sprzeciw ponoszą koszty postępowania odwoławczego stosownie do jego wyniku.

Jak wskazuje się w piśmiennictwie, reguła ponoszenia przez strony kosztów postępowania odwoławczego stosownie do wyników postępowania odwoławczego oznacza, że „obowiązuje w nim, analogicznie do procesu cywilnego, zasada odpowiedzialności za wynik procesu, według której koszty postępowania obciążają ostatecznie stronę „przegrywającą" sprawę (por. art. 98 § 1 k.p.c.)" Jarosław Jerzykowski, Komentarz do art.192 ustawy - Prawo zamówień publicznych, w: Dzierżanowski W., Jerzykowski J., Stachowiak M. Prawo zamówień publicznych. Komentarz, LEX, 2014, wydanie VI.

W analizowanej sprawie Izba oddaliła odwołanie w całości. Odpowiedzialność za wynik postępowania ponosił zatem odwołujący. Na koszty postępowania składał się wpis od odwołania uiszczony przez odwołującego w kwocie 15.000 zł oraz wynagrodzenie pełnomocnika zamawiającego w kwocie 3.600 zł.

Biorąc powyższe pod uwagę, o kosztach postępowania odwoławczego orzeczono stosownie do wyniku postępowania - na podstawie art. 557 oraz art. 575 ustawy Pzp oraz w oparciu o przepisy § 8 ust. 2 pkt 1 w zw. z § 5 pkt 2 pkt b rozporządzenia Prezesa Rady Ministrów z dnia 30 grudnia 2020 r. 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: .....