Sygn. akt: KIO 213/22

WYROK

z dnia 10 lutego 2022 r.

Krajowa Izba Odwoławcza - w składzie:

Przewodniczący: Marzena Teresa Ordysińska

Protokolant: Konrad Wyrzykowski

po rozpoznaniu na rozprawie w dniu 7 lutego 2022 r. w Warszawie odwołania wniesionego do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej w dniu 25 stycznia 2022 r. przez wykonawcę D. M.,

prowadzącego działalność gospodarczą pod firmą M. D. ULMAN w Mikołowie,
w postępowaniu prowadzonym przez Spółkę Restrukturyzacji Kopalń spółka akcyjna w Bytomiu

orzeka:

1. oddala odwołanie;

2. kosztami postępowania odwoławczego obciąża wykonawcę D. M., prowadzącego działalność gospodarczą pod firmą M. D. ULMAN w Mikołowie, i zalicza w poczet kosztów postępowania odwoławczego kwotę 10 000 zł 00 gr. (słownie: dziesięć tysięcy złotych zero groszy) uiszczoną przez niego tytułem wpisu od odwołania.

Stosownie do art. 580 ust. 1 ustawy z dnia 11 września 2019 r. - Prawo Zamówień Publicznych (Dz. U. 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 213/22

I. Spółka Restrukturyzacji Kopalń spółka akcyjna w Bytomiu (dalej: Zamawiający), prowadzi na podstawie przepisów ustawy z dnia 11 września 2019 r. - Prawo zamówień publicznych (t.j. Dz. U. z 2021 r. poz. 1129 ze zm.) postępowanie o udzielenie zamówienia publicznego, którego przedmiotem jest ,,Rozbiórka obiektów budowlanych Zakładu Przeróbki

Mechanicznej Węgla na terenie SRK S.A. w Bytomiu, Oddział w Zabrzu KWK „Makoszowy” (nr postępowania: ZP - M - 0031/20)”.

W dniu 25 stycznia 2022 r. w tymże postępowaniu, przez wykonawcę D. M., prowadzącego działalność gospodarczą pod firmą M. D. Ulman W Mikołowie (dalej: Odwołujący), zostało wniesione odwołanie.

Odwołujący zarzucał Zamawiającemu naruszenie art. 226 ust. 1 pkt 8 w zw. z art. 224 ust. 1 i ust 2 pkt 1 oraz art. 224 ust. 6 ustawy Prawo zamówień publicznych poprzez odrzucenie oferty Odwołującego jako zawierającej rażąco niską cenę pomimo, że 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, jest ceną rynkową i realną, w szczególności bezpodstawne jest twierdzenie, że Odwołujący nie uwzględnił w swojej ofercie kosztów związanych z nabyciem koparki HITACHI 870 o wysięgu 50 m, bowiem Odwołujące jednoznacznie i zgodnie z właściwymi przepisami wyjaśnił, że zaoferowana przez niego cena obejmuje proporcjonalnie koszty zakupu powyższego sprzętu, które to zostały wskazane jako „amortyzacja sprzętu”.

W konsekwencji tak podniesionych zarzutów, Odwołujący wnosił o uwzględnienie odwołania w całości i nakazanie Zamawiającemu dokonania następujących czynności:

1) unieważnienia czynności z dnia 20 stycznia 2022 r. polegającej na odrzuceniu oferty Odwołującego;

2) powtórzenia czynności badania i oceny oferty Odwołującego.

Odwołujący uzasadniał zarzut naruszenia przepisów ustawy Prawo zamówień publicznych podniesiony w odwołaniu w następujący sposób:

Zdaniem Odwołującego jego oferta została nieprawidłowo odrzucona na podstawie art. 226 ust. 1 pkt 8 ustawy Prawo zamówień publicznych, gdyż Zamawiający błędnie uznał, że zawiera rażąco niską cenę lub koszt w stosunku do przedmiotu zamówienia, ponieważ stwierdził, że w kalkulacji powinna znaleźć się pozycja dotycząca kosztów poniesionych na zakup koparki w części dotyczącej konkretnego zadania w sposób proporcjonalny i dostosowany do tego zadania, np. przewidywanej miesięcznej raty.

Odwołujący wskazywał, że pismem z dnia 22 grudnia 2021 r. w odpowiedzi na wezwanie do wyjaśnienia rażąco niskiej ceny z dnia 17 grudnia 2021 r. przekazał Zamawiającemu informacje w sprawie elementów składowych wpływających na wskazane w kalkulacji koszty pracy koparki gąsienicowej o wysięgu 50m, oświadczając, że wskazany w kalkulacji koszt, wynoszący 500 zł netto za jedną motogodzinę, uwzględnia wszystkie wymagane elementy. Ponadto Odwołujący zaznaczył, że całkowity koszt nabycia koparki HITACHI 870 nie może być elementem wyjaśnień sposobu kalkulacji ceny w niniejszym postępowaniu - koparka ta z chwilą nabycia stanie się środkiem trwałym w rozumieniu art. 3 ust. 1 pkt 15 ustawy z dnia 29 września 1994 r. o rachunkowości, a zatem koszt jej nabycia będzie podlegał amortyzacji. Z tego względu wydatki poniesione na zakup środka trwałego nie mogą stanowić jednorazowego kosztu w momencie zakupu, lecz są to koszty rozciągnięte w czasie.

Odwołujący podkreślał, że te rozciągnięte w czasie koszty nabycia przedmiotowej koparki zostały przez niego uwzględnione w kalkulacji jako amortyzacja sprzętu, będąca składową kosztu jednej motogodziny, co zostało wyjaśnione Zamawiającemu w piśmie z dnia 22 grudnia 2021 r. Co za tym idzie, wbrew twierdzeniom Zamawiającego, w kalkulacji znalazła się pozycja dotycząca kosztów poniesionych na zakup koparki w części dotyczącej tego konkretnego zadania.

Odwołujący zauważał, że wartość trzech ofert, złożonych w ramach aukcji elektronicznej, jest na podobnym, zbieżnym poziomie, co potwierdza, że wykonanie

przedmiotu zamówienia za cenę oferowaną przez Odwołującego nie powinno budzić wątpliwości Zamawiającego.

Z uzasadnienia faktycznego odrzucenia oferty wynika, że za decyzją stało przekonanie Zamawiającego, jakoby Odwołujący nie uwzględnił w kalkulacji kosztów ceny zakupu koparki o wysięgu 50 m, co miałoby świadczyć o rażąco niskiej cenie oferty Odwołującego. Powyższe po pierwsze zdaniem Odwołującego jest sprzeczne z zasadą oceniania ofert wykonawców, pod kątem zaoferowania rażąco niskiej ceny, wynikającą z treści przytoczonych powyżej orzeczeń. Należy zauważyć, że Zamawiający odrzucając ofertę Odwołującego nie wskazał, że zaoferowana przez Odwołującego cena opiewająca na kwotę 2.479.000,00 zł jest ceną rażąco niską, odbiega od cen rynkowych lub że wykonanie zamówienia po tej cenie jest niemożliwe i będzie stanowiło realizację zamówienia poniżej kosztów ponoszonych przez wykonawcę. Zamawiający ocenił pojedynczy element oferty Odwołującego i na tej podstawie przesądził, że cena jest rażąco niska. Na marginesie należy zauważyć, że w przedmiotowym postępowaniu uczestnik postępowania - T. W. prowadzący działalność gospodarczą pod firmą Zakład Usługowo Produkcyjno Handlowy „MAX-BUD 1" zaoferował cenę niższą, niż Odwołujący, a jego oferta nie został odrzucona na podstawie art. 226 ust. 1 pkt 8 ustawy.

Po drugie, Odwołujący podkreślał, że decyzja Zamawiającego nie znajduje podstaw faktycznych. Jak już zostało wskazane powyżej - jednym z elementów składających się na przewidziane przez Odwołującego koszty pracy koparki jest koszt amortyzacji sprzętu wynoszący 247,00 zł netto. Odwołujący podawał, że Amortyzacja polega na zarachowaniu w koszty wartości środka trwałego w sposób sukcesywny, w interwale czasowym określonym przez przepisy podatkowe. Amortyzację kontynuuje się tak długo, aż suma dokonanych odpisów amortyzacyjnych zrówna się z wartością początkową środka trwałego. Amortyzacji co do zasady podlegają środki trwałe stanowiące własność lub współwłasność podatnika (P. Małecki, M. Mazurkiewicz [w:] CIT. Podatki i rachunkowość. Komentarz, 2021 - art. 16a). Amortyzacja środków trwałych to dokonywanie odpisów amortyzacyjnych, które określają zużycie składników majątku. Odpisy amortyzacyjne dokonywane są przez systematyczne planowanie rozłożenia wartości danej rzeczy na czas amortyzacji. Na zmniejszenie wartości rzeczy wpływają czynniki ekonomiczne, do których zaliczyć można efektywniejszy i tańszy sposób do produkowania danych dóbr poprzez wprowadzanie na rynek nowych technologii oraz użytkowanie rzeczy. W konsekwencji powyższego przedstawiona przez Odwołującego kalkulacja kosztów uwzględnia potrzebę nabycia koparki HITACHI 870 i koszty jej nabycia, a Odwołujący złożył Zmawiającemu wyjaśnienia w tym przedmiocie w zakreślonym przez niego terminie. Tym samym Odwołujący, w jego ocenie, wywiązał się z obowiązku wykazania, że oferta nie zawiera rażąco niskiej ceny lub kosztu, wynikającego z art. 224 ust. 5 ustawy Prawo zamówień publicznych.

W podsumowaniu odwołania Odwołujący podkreślał, że Zamawiający wymagał podania „kosztów poniesionych na zakup koparki w części dotyczącej tego konkretnego zadania w sposób proporcjonalny i dostosowany do tego zadania, np. przewidywanej miesięcznej raty" i taki koszt został mu przez Odwołujące podany, właśnie w postaci wartości amortyzacji, która stanowi odzwierciedlenie kosztów nabycia sprzętu w przewidywanym okresie jego użytkowania.

Zamawiający w odpowiedzi na odwołanie i na rozprawie wnosił o oddalenie odwołania.

Wskazywał, że inni wykonawcy też byli pytani odnośnie rażąco niskiej ceny i ich odpowiedzi satysfakcjonowały Zamawiającego. Nie było wątpliwości, że zamówienie trzeba zrealizować za pomocą niszowej koparki o konkretnych parametrach (jest ich sześć w Europie, w tym dwie w Polsce). Podkreślał, że nie interesuje go forma posiadania koparki - tytuł na podstawie którego wykonawca ma nią dysponować - jednak wyjaśnienia Odwołującego w tym zakresie były niespójne i ostatecznie nie wiadomo, na jakiej podstawie Odwołujący zamierza dysponować koparką, i w ślad za tym jaka jest wartość początkowa środka trwałego, co do którego Odwołujący podaje koszt amortyzacji. Ponadto Odwołujący nie przedstawił jakiegokolwiek dowodu na okoliczność, że będzie taką koparką dysponował. Zamawiający na koniec zauważał, że wykonawca następny w rankingu ofert posiada na własność koparkę i oszacował koszt jednej motogodziny na kwotę 800 złotych.

II. Ustaleń okoliczności, stanowiących podstawę rozstrzygnięcia, Izba dokonała na podstawie dokumentacji postępowania o udzielenie zamówienia publicznego, przekazanej przez Zamawiającego, w tym w szczególności wezwań skierowanych do wykonawców do wyjaśnienia rażąco niskiej ceny i odpowiedzi wykonawców na te wezwania oraz informacji o odrzuceniu oferty Odwołującego.

Krajowa Izba Odwoławcza ustaliła co następuje.

Zamawiający prowadzi postępowanie, którego przedmiotem jest ,,Rozbiórka obiektów budowlanych Zakładu Przeróbki Mechanicznej Węgla na terenie SRK S.A. w Bytomiu, Oddział w Zabrzu KWK „Makoszowy".

W toku aukcji elektronicznej złożono oferty z następującymi cenami: 2 478 990,00 zł (ZUPH MAXBUD i T. W.), 2 479 000,00 zł (ULMAN D. M.), 2 977 563,95 zł (Tree Capital sp. z o.o.), 5 202 907,82 zł (JOKSA Sp. z o.o.). Ponieważ ceny złożone w toku aukcji odbiegały od szacunkowej wartości zamówienia, Zamawiający wezwał trzech wykonawców z najniższymi cenami do wyjaśnień. Otrzymane wyjaśnienia od dwóch wykonawców Zamawiający uznał za spójne i przekonujące, natomiast negatywnie ocenił wyjaśnienia złożone przez

Odwołującego.

Izba na podstawie dokumentacji postępowania okazanej przez Zamawiającego ustaliła, że Zamawiający kilkukrotnie wzywał Odwołującego do wyjaśnień w zakresie rażąco niskiej ceny: wezwanie z dnia 7.04.2021 r. i odpowiedź z dnia 15.04.2021 r. (,,nasza firma chce zakupić sprzęt w postaci koparki Hitachi 870"), wezwanie z dnia 27.04.2021 r. i odpowiedź z dnia 04.05.2021 r. (powtórzenie deklaracji o chęci zakupu koparki, polemika z treścią i zakresem wezwania do wyjaśnień, przytoczenie poglądów doktryny orzecznictwa), wezwanie z dnia 02.09.2021 r. i odpowiedź z dnia 6.09.2021 r., wezwanie z dnia 25.11.2021r. i odpowiedź z dnia 30.11.2021 r., wezwanie z 17.12.2021 r. i odpowiedź z dnia 22.12.2021r.

Pismem z dnia 22 grudnia 2021 r. Odwołujący w odpowiedzi na wezwanie do wyjaśnienia rażąco niskiej ceny z dnia 17 grudnia 2021 r. przekazał Zamawiającemu informacje w sprawie elementów składowych wpływających na wskazane w kalkulacji koszty pracy koparki

gąsienicowej o wysięgu 50m, oświadczając że wskazany w kalkulacji koszt, wynoszący 500

zł netto za jedną motogodzinę, jest wiarygodny i uwzględnia wszystkie wymagane elementy. Ponadto Odwołujący podkreślał, że całkowity koszt nabycia koparki HITACHI 870 nie może być elementem wyjaśnień sposobu kalkulacji ceny w niniejszym postępowaniu - koparka ta z chwilą nabycia stanie się środkiem trwałym w rozumieniu art. 3 ust. 1 pkt 15 ustawy z dnia 29 września 1994 r. o rachunkowości, a zatem koszt jej nabycia będzie podlegał amortyzacji. Z tego względu wydatki poniesione na zakup środka trwałego nie mogą stanowić jednorazowego kosztu w momencie zakupu, lecz są to koszty rozciągnięte w czasie.

Dnia 20 stycznia 2022 r., na podstawie art. 253 ust. 1 pkt 2 ustawy Prawo zamówień publicznych, Zamawiający przekazał Odwołującemu zawiadomienie o odrzuceniu jego oferty wskazując, że oferta Odwołującego podlega odrzuceniu na podstawie art. 226 ust. 1 pkt 8 ustawy Prawo zamówień publicznych, gdyż zawiera rażąco niską cenę lub koszt w stosunku do przedmiotu zamówienia.

W uzasadnieniu faktycznym decyzji odrzucenia oferty Odwołującego Zamawiający wskazał,

że pismem z dnia 25 listopada 2021 r. wezwał Odwołującego do udzielenia wyjaśnień w

zakresie wyliczenia ceny po aukcji elektronicznej, a Odwołujący w wyznaczonym terminie udzielił wyjaśnień, w których przedstawił obniżenie kosztów realizacji przedmiotu zamówienia poprzez zmniejszenie zysku z początkowo zakładanych 74% do 49%, pozostała część oferty nie uległa zmianie. Dalej Zamawiający podał, że pismem z dnia 17 grudnia 2021 r. wezwał

Odwołującego do przedłożenia dodatkowych wyjaśnień w zakresie rażąco niskiej ceny po aukcji elektronicznej. Zamawiający zaznaczył, że Odwołujący nie wykazał w ofercie kosztów pozyskania koparki HITACHI 870 o wysięgu 50m, która jest kluczowym sprzętem

niezbędnym do prawidłowej realizacji zamówienia, lecz wykazał koszty pracy powyższego sprzętu tj. koszt jednej motogodziny wynoszący 500 zł netto oraz ilość przyjętych do kalkulacji motogodzin. W związku z powyższym Zamawiający wezwał Odwołującego do udzielenia odpowiedzi, jakie elementy składowe i w jakim wymiarze wpływają na wskazane w ofercie koszty pozyskania koparki gąsienicowej o wysięgu 50m. Zdaniem Zamawiającego, Odwołujący w swojej odpowiedzi ograniczył się jedynie do wyjaśnienia kosztów pracy koparki (elementów składowych motogodziny) w następujący sposób: zużycie paliwa wynoszące średnio na godzinę 50 l On - 50x4,60=230,00 zł netto, koszty związane z eksploatacją liczone jako 10% od kosztów paliwa - 230,00 x 10% = 23,00 zł netto, amortyzacja sprzętu wynosząca 247,00 zł netto. Zamawiający zauważał, że w kalkulacji powinna znaleźć się pozycja dotycząca kosztów poniesionych na zakup koparki w części dotyczącej konkretnego zadania w sposób proporcjonalny i dostosowany do tego zadania, np. przewidywanej miesięcznej raty.

Na tej podstawie Izba zważyła, co następuje.

Odwołujący zarzucał naruszenie art. 226 ust. 1 pkt 8 w zw. z art. 224 ust. 1 i ust 2 pkt 1 oraz art. 224 ust. 6 ustawy Prawo zamówień publicznych.

Stosownie do art. 226 ust. 1 pkt 8 ustawy Prawo zamówień publicznych Zamawiający odrzuca ofertę, jeżeli zawiera rażąco niską cenę lub koszt w stosunku do przedmiotu zamówienia. Zgodnie z art. 224 ust. 1 i 2 ustawy Prawo zamówień publicznych, 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.

Na podstawie art. 224 ust 6 ustawy Prawo zamówień publicznych, Zamawiający odrzuca ofertę, jako oferta z rażąco niską ceną lub kosztem, jeżeli wykonawca nie udzielił wyjaśnień w wyznaczonym terminie, lub jeżeli złożone wyjaśnienia wraz z dowodami nie uzasadniają

podanej w ofercie ceny lub kosztu.

Izba nie stwierdziła naruszenia żadnego ze skarżonych przez Odwołującego przepisów. Zamawiający prawidłowo odrzucił ofertę Odwołującego, ponieważ złożone przez niego wyjaśnienia nie uzasadniały podanej w ofercie ceny lub kosztu, dlatego Zamawiający miał prawo uznać ofertę Odwołującego za ofertę złożoną z rażąco niską ceną.

Po pierwsze, Zamawiający miał prawo badać trzy oferty z najniższą ceną, złożone w toku akcji elektronicznej, pod kątem rażąco niskiej ceny. Jeżeli dwóch wykonawców udzieliło przekonujących wyjaśnień, a Odwołujący takich wyjaśnień nie przedstawił - nie może być brane pod uwagę, że oferta innego wykonawcy, który złożył wyczerpujące wyjaśnienia, była jeszcze tańsza, niż oferta Odwołującego.

Po drugie, Odwołujący w swoich wyjaśnieniach nie uprawdopodobnił nawet, jaki będzie miał tytuł prawny do dysponowania koparką o zasięgu 50m. Zasadniczo nie było sporne że taka koparka jest wymagana do realizacji zamówienia. Zamawiający nie wymagał co prawda dysponowania nią w specyfikacji, ale przesądzał o konieczności jej użycia charakter przedmiotu zamówienia. Dlatego w udzielanych wyjaśnieniach Odwołujący nie polemizował z koniecznością posiadania takiej koparki, a jedynie - z zasadnością wzywania do wyjaśnień. Powyższe uprawnia do stwierdzenia, że nawet mimo braku wymogu posiadania koparki postawionego wprost w specyfikacji, Odwołujący akceptował konieczność dysponowania nią przy realizacji zamówienia. Jednocześnie Odwołujący nie wskazał jednoznacznie, w jaki sposób zamierza nabyć prawo do dysponowania koparką - co prawda deklarował chęć zakupu, ale nie przedstawił żadnej umowy przedwstępnej, czy skierowanej do niego oferty na zakup koparki nowej czy używanej. Ze względu na unikalność tego sprzętu (na podstawie

oświadczenia Zamawiającego na rozprawie, nie podważonego przez Odwołującego, są tylko dwie takie koparki w Polsce) i jego złożoność/wartość, nie jest to sprzęt możliwy do nabycia w trybie natychmiastowym (czego Odwołujący także nie podważał).

Dodatkowo do wyjaśnień Odwołujący załączył ofertę skierowaną do innego podmiotu, w której wskazano koszt najmu koparki.

Równocześnie Odwołujący przedstawiał kalkulację ceny - w której uwzględniał amortyzację sprzętu (koparki). Jeżeli jednak Odwołujący nie ma żadnej oferty na zakup koparki, a jedynie deklaruje chęć jej nabycia, jednocześnie przedstawia ofertę na najem koparki - to taka kalkulacja jest, jak słusznie zauważył Zamawiający, niewiarygodna. Zamawiający nie kwestionuje przecież samej zasady dokonywania odpisów amortyzacyjnych, ale zauważa, że aby ich dokonywać, musi być znana początkowa wartość środka trwałego, a taka nie wynika w żaden sposób z wyjaśnień Odwołującego. W konsekwencji cała argumentacja Odwołującego, kwestionująca zasadność wezwania, możliwość dociekania przez Zamawiającego, jaki Odwołujący ma tytuł prawny do dysponowania koparką oraz że inni wykonawcy przedstawili oferty na porównywalnym poziomie, jest chybiona. Dodatkowo uzasadnione wątpliwości co do kalkulacji Odwołującego mogło budzić zestawienie kalkulacji Odwołującego z kalkulacją (wyższą) motogodziny pracy koparki, dokonaną rzez innego wykonawcę, który złożył wyjaśnienia, a który to wykonawca taką koparkę już posiada na własność.

Reasumując, Zamawiający prawidłowo odrzucił ofertę Odwołującego. Wyjaśnienia Odwołującego nie mogą być uznane za wystarczające - nie są spójne, ponieważ nie wskazują konsekwentnie na tytuł prawny do dysponowania koparką; tym samym, można mieć wątpliwości co do prawidłowości całej kalkulacji (skoro uwzględnia ona odpisy amortyzacyjne bez znajomości wartości początkowej).

Ze względu na powyższe, Izba orzekła, jak w sentencji, oddalając odwołanie. W konsekwencji odpowiedzialność za wynik postępowania ponosi Odwołujący. Na koszty postępowania składał się wpis od odwołania uiszczony przez Odwołującego w kwocie 10 000 zł 00 gr (słownie: dziesięć tysięcy złotych zero groszy).

Wobec powyższego, o kosztach postępowania odwoławczego orzeczono, jak w sentencji.

Przewodniczący: .....