Sygn. akt: KIO 823/22

WYROK

z dnia 13 kwietnia 2022 r.

Krajowa Izba Odwoławcza - w składzie:

Przewodniczący: Monika Szymanowska

Protokolant: Aldona Karpińska

po rozpoznaniu na rozprawie w dniu 11 kwietnia 2022 r. w Warszawie odwołania wniesionego do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej w dniu 23 marca 2022 r. przez odwołującego REVOL Sp. z o. o. Sp. k. w Łodzi w postępowaniu prowadzonym przez zamawiającego Powiat Koniński - Starostwo Powiatowe w Koninie przy udziale wykonawcy A. N. prowadzącego działalność gospodarczą pod firmą AnECO A. N. w Złotnikach przystępującego do postępowania odwoławczego po stronie zamawiającego

orzeka:

1. oddala odwołanie,

2. kosztami postępowania odwoławczego obciąża odwołującego REVOL Sp. z o. o. Sp. k. w Łodzi w Warszawie i zalicza na poczet kosztów kwotę 7 500,00 zł (siedem tysięcy pięćset złotych) uiszczoną 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:

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

wyroku z dnia 13 kwietnia 2022 r. w sprawie o sygn. akt: KIO 823/22

Zamawiający Powiat Koniński - Starostwo Powiatowe w Koninie al. 1 Maja 9, 62-510 Konin, prowadzi postępowania o udzielenie zamówienia publicznego pn. „Usuwanie wyrobów zawierających azbest z terenu Powiatu Konińskiego w roku 2022”, o ogłoszeniu o zamówieniu publicznym opublikowanym w dniu 21 lutego 2022 r. w Biuletynie Zamówień Publicznych pod numerem 022/BZP 00062875/01, zwane dalej „postępowaniem”.

Postępowanie na usługę, o wartości poniżej kwoty określonej w przepisach wydanych na podstawie art. 3 ust. 3 ustawy z dnia 11 września 2019. Prawo zamówień publicznych

(Dz. U. z 2021 r. poz. 1129 ze zm.) dalej zwanej „p.z.p.”, jest prowadzone przez zamawiającego w trybie podstawowym bez negocjacji.

W dniu 23 marca 2022 r. odwołanie wobec czynności zamawiającego w postępowaniu wniósł wykonawca REVOL Sp. z o.o. Sp. k. ul. Senatorska 21/30, 93-192 Łódź (dalej zwany „odwołującym”). We wniesionym środku zaskarżenia odwołujący postawił zamawiającemu następujące zarzuty naruszenia (pisownia oryginalna):

1. art. 226 ust. 1 pkt 7) i 8) p.z.p. poprzez nie odrzucenie oferty AnECO A. N., w tym również w związku z ustawą z dnia 16 kwietnia 1993 r. o zwalczaniu nieuczciwej konkurencji w szczególności art. 15 ust. 1 pkt 1, jako oferowania ceny znacząco niższej niż rynkowa i w sposób obiektywny niemożliwą do wykonania za cenę ofertową również wobec tego, że wykonanie 3 usług z których dwie składają się na oferowaną usługę i cenę AnECO A. N. wycenił na około 50% niższą kwotę od wyceny tylko dwóch usług z pośród tych trzech i w kwocie która świadczy o jej oderwaniu od jakichkolwiek realiów rynkowych, wyłącznie po to, aby uzyskać zamówienie, co narusza dobre obyczaje kupieckie i może stanowić czyn nieuczciwej konkurencji i jednocześnie jest niezgodne z zasadami współżycia społecznego lub przepisami prawa utrudniając innym wykonawcom dostęp do rynku;

2. art. 224 ust. 1 i 2 p.z.p. poprzez nieuznanie oferty AnECO A. N. zawierającą rażąco niską o cenę oraz dodatkowo poprzez brak wezwania go w tym zakresie do wyjaśnień jak również nie wezwanie AnECO A. N. do ewentualnego złożenia wyjaśnień również w odniesieniu do uznania złożonej oferty za czyn nieuczciwej konkurencji, i w konsekwencji

3. nieuprawnione dokonanie oceny i wyboru oferty AnECO A. N. w oparciu o art. 239 ust. 1 i ust. 2 p.z.p.

Wobec powyższego odwołujący wniósł o nakazanie zamawiającemu unieważnienia oceny ofert i wyboru oferty najkorzystniejszej, za którą uznano ofertę złożoną przez A. N.

prowadzącego działalność gospodarczą pod firmą AnECO A. N. (dalej także jako „AnECO”) oraz nakazanie zamawiającemu: odrzucenia tej oferty jako zawierającej rażąco niską cenę w zakresie istotnego składnika ceny/kosztu, tj. ceny C1 za usługę demontażu, transportu i unieszkodliwienia wyrobów zawierających azbest (art. 226 ust. 1 pkt 8 w zw. z art. 224 ust. 1 i 2 p.z.p.) oraz jako złożonej w warunkach oczywistego czynu nieuczciwej konkurencji w rozumieniu ustawy z dnia 16 kwietnia 1993 r. o zwalczaniu nieuczciwej konkurencji (art. 226 ust. 1 pkt 7 p.z.p.), powtórzenie oceny ofert i wybór jako oferty najkorzystniejszej oferty złożonej przez odwołującego. Ewentualnie, w przypadku gdyby Izba uznała, że w niniejszej sprawie przed podjęciem decyzji o odrzuceniu oferty AnECO (art. 226 ust. 1 pkt 7 lub 8 p.z.p.) zamawiający powinien wezwać wykonawcę do złożenia wyjaśnień, to nakazanie zamawiającemu unieważnienia czynności oceny i wyboru ofert, a następnie wezwanie wykonawcy AnECO do złożenia wyjaśnień w ww. zakresie.

Odwołujący wskazał, że w sytuacji uznania, że dokumenty postępowania nie są wystarczające dla uznania oferty AnECO za złożoną z naruszeniem zasad uczciwej konkurencji i podlegającą z tego tytułu odrzuceniu lub dla uznania, że oferta ta zawiera rażąco niską cenę, co uzasadnia wezwanie wykonawcy do wyjaśnień, wnosi o dopuszczenie i przeprowadzenie dowodu z zeznań świadka - pani P.K. pracownika odwołującego (wezwanie na adres do doręczeń dla odwołującego) na wykazanie faktu cen za usługi demontażu, transportu i utylizacji wyrobów zawierających azbest oraz usług samego transportu i utylizacji wyrobów zawierających azbest, rażąco niskiej ceny oferowanej przez AnECO, niemożności wykonania usługi demontażu, transportu i utylizacji rzeczonych wyrobów za oferowaną w tym zakresie cenę, stanowienia przez propozycję nierynkowej ceny czynu nieuczciwej konkurencji (art. 226 ust. 1 pkt 7 p.z.p.) oraz na tożsame okoliczności dopuszczenie dowodu z przesłuchania strony odwołującej - panów K.Ł. i P.M. oraz dowodu z dokumentów w postaci wezwania do usunięcia naruszenia i dokumentów postępowania (w szczególności ogłoszenia, SWZ - na okoliczność zakresu zamówienia oraz kryteriów oceny ofert, ofert złożonych w postepowaniu, informacji z otwarcia ofert, informacji o kwocie jaką zamawiający zamierza przeznaczyć na sfinansowanie zamówienia, informacji o ocenie i wyborze oceny AnECO jako najkorzystniejszej, ofert - na okoliczność wysokości oferowanych cen, rażąco niskiej ceny oraz nierynkowości ceny ofertowej AnECO, istnienia podstaw uznania tej oferty za rażąco niską cenę, oraz będącą czynem nieuczciwej konkurencji, a więc istnienia podstaw do odrzucenia tej oferty, błędnego nieodrzucenie oferty AnECO oraz uznania jej za najkorzystniejszą i wyboru zamiast oferty odwołującego).

W uzasadnieniu środka zaskarżenia odwołujący wskazał co następuje.
W postępowaniu zostały złożone trzy oferty, w tym jedna oferta została odrzucona - tak informacja ze złożenia ofert, informacja o wyborze oferty. Wykonawca AnECO w swoim formularzu ofertowym w kryterium oceny ofert C1 (cena za 1 kg za demontaż, transport

i unieszkodliwienie wyrobów zawierających azbest) zaoferował kwotę 0,26 zł brutto (0,24 zł netto), zaś za C2 (cena za 1 kg za transport i unieszkodliwienie wyrobów zawierających azbest) zaoferowano 0,52 zł brutto (0,48 zł netto), natomiast odwołujący wycenił C1 na 0,51 zł brutto (0,47 zł netto) i C2 na 0,48 zł brutto (0,44 zł netto). Co istotne, zgodnie z dokumentacją postępowania za cenę w kryterium oceny ofert C1 można było otrzymać maksymalnie 35 pkt, a za kryterium oceny ofert C2 25 punktów, co wskazano w rozdziale XVI pkt 1 i 2 SWZ.

Wykonawca AnECO przewidział, że usługa, która dodatkowo obejmuje demontaż wyrobów azbestowych za 1 kg będzie tańsza o połowę od usługi bez demontażu. Zdaniem odwołującego nie jest to ani rynkowo uzasadnione, ani nie uwzględnia realnej ceny za usługę transportu z utylizacją zawierającą także demontaż. Nie jest możliwym, aby cena bez demontażu - dla tego samego produktu, na tym samym rynku, w tych samych warunkach realizacji usługi - była tak znacząco różna. W drugiej złożonej ofercie stawka ze usługę z demontażem wynosi o połowę więcej, ze względu na jej rynkowość. Takie działanie wykonawcy AnECO, w szczególności wobec ukształtowania kryteriów oceny ofert, wskazuje na to, że jego wycena stanowi manipulację zmierzającą do uzyskania zamówienia. Jednocześnie mamy oczywistą niemożność zrealizowania usługi z demontażem za zaoferowaną cenę, co także wskazuje, że finansowanie wykonania usługi demontażu, transportu i unieszkodliwienia wyrobów zawierających azbest (cena C1) będzie się odbywało z ceny za transport i unieszkodliwienie (cena C2), która jest dwa razy wyższa od pierwszej ceny.

Powyższe według odwołującego w sposób jednoznaczny wskazuje na ewidentną manipulację cenową, której celem jest uzyskanie zamówienia z naruszeniem podstawowych zasad prawa zamówień publicznych. Dodatkowo powoduje to pozyskanie zamówienia za cenę wyższą od ceny oferowanej przez drugiego wykonawcę, który uwzględnił zwyżkę ceny usługi z demontażem w stosunku do ceny bez demontażu. Doszło zatem do działania naruszającego interes innego przedsiębiorcy (co z kolei prowadzić może do nierzetelnego wydatkowania środków publicznych - naruszenia zasad dyscypliny finansów publicznych). Ponadto, działanie sprzeczne z zasadami uczciwej konkurencji jest szczególnie widoczne wobec faktu, iż pozostałe kryteria oceny ofert są spełniane przez wszystkich uczestników postępowania w takim samym stopniu, tj. oferty różnią się jedynie cenami, a łączna cena wykonawcy AnECO (która w kryterium jest o połowę niższa) jest wyższa od łącznej ceny odwołującego.

Odwołujący w sposób rzetelny dokonał wyceny poszczególnych rodzajów usług objętych zamówieniem, z uwzględnieniem ich charakterystyki i kierując się zasadami ustanowionymi prawem zamówień publicznych oraz dobrymi obyczajami. Uznać należy, że oferta wykonawcy AnECO w sposób oczywisty narusza zasady uczciwej konkurencji i zawiera cenę rażąco niską za istotną część składową ceny (koszt usługi z demontażem) w stosunku do przedmiotu zamówienia.

Dalej odwołujący wskazał, że jeżeli złożenie oferty przez wykonawcę AnECO stanowi czyn nieuczciwej konkurencji w rozumieniu przepisów o zwalczaniu nieuczciwej konkurencji, taka oferta powinna zostać odrzucona. W ocenie odwołującego ceny zawarte w ofercie tego wykonawcy świadczą o przerzucaniu kosztów pomiędzy cenami składowymi oferty dla uzyskania efektu w postaci podwyższenia punktacji przewidzianej w SWZ. Wykonawca AnECO, jako podmiot stale zajmujący się działalnością objętą ofertowaniem, wykonuje swoją działalność profesjonalnie i posiada rozeznanie rynku branżowego. Natomiast nie ma podstaw, aby uznać za rynkowo uzasadnione i realne, obniżenie ceny za demontaż, transport i unieszkodliwienie aż o połowę w stosunku do ceny za transport i unieszkodliwienie - zaoferowana cena jest o połowę wyższa w stosunku do usługi podstawowej, rozszerzonej dodatkowo o demontaż, który jest usługą o charakterze skomplikowanym i wymagającym dodatkowego zaangażowania sprzętu i ludzi. Powyższe znajduje potwierdzenie w orzecznictwie Izby - tak m.in. wyrok Izby sygn. akt: KIO 473/17 czy sygn. akt: KIO 1042/20.

Odwołujący zaznaczył także, iż zaoferowana przez wykonawcę AnECO kwota za C1, która jest istotnym składnikiem cenowym, jest niższa o prawie 50% od ceny C1 i od ceny zaoferowanej w drugiej ze złożonych ofert, co wskazuje, że mamy do czynienia z ceną rażąco niską. To z kolei implikuje obowiązek odrzucenia tej oferty lub uprzedniego wezwania do złożenia w tym zakresie wyjaśnień na wezwanie zamawiającego, czego nie uczyniono, zatem doszło do naruszenia przepisów ustawy. W tym zakresie warto wskazać, że rażąco niską ceną (jej istotnym składnikiem) jest cena, „gdy jest oczywiste, że przy zachowaniu reguł rynkowych wykonanie umowy przez wykonawcę za podaną cenę byłoby nieopłacalne, albo gdy cena w stosunku do przedmiotu zamówienia będzie ceną odbiegającą od jego wartości, w szczególności gdy różnica ta nie będzie możliwa do uzasadnienia obiektywnymi względami pozwalającymi wykonawcy zrealizować to zamówienie bez strat i dodatkowego finansowania wykonania zamówienia z innych źródeł niż wynagrodzenie umowne" (tak wyrok

Izby z dnia 7 stycznia 2019 r., sygn. akt: KIO 2640/18).

W konsekwencji powyższego, zamawiający naruszył przepisy prawa zamówień publicznych, przez co odwołujący bezpodstawnie został pozbawiony możliwości wygrania postępowania - gdyby oferta wykonawcy AnECO została odrzucona oferta odwołującego zostałaby wybrana jako najkorzystniejsza.

Działając w imieniu i na rzecz zamawiającego odpowiedź na odwołanie w formie pisemnej wniósł pełnomocnik strony wskazując, iż zamawiający wnosi o oddalenie odwołania w całości zgodnie z uzasadnieniem wskazanym w jego piśmie procesowym.

Wobec spełnienia przesłanek art. 525 ust. 2 i 3 p.z.p. skład orzekający dopuścił do udziału w postępowaniu odwoławczym wykonawcę A. N. prowadzącego działalność gospodarczą pod firmą AnECO A. N. ul. Krzemowa 1, 62-002 Złotniki, który zgłosił przystąpienie po stronie zamawiającego, dalej zwanego „przystępującym".

Krajowa Izba Odwoławcza - po przeprowadzeniu rozprawy w przedmiotowej sprawie, po zapoznaniu się ze stanowiskami przedstawionymi w odwołaniu

i odpowiedzi na odwołanie, konfrontując je z zebranym w sprawie materiałem procesowym, w tym z dokumentacją postępowania o udzielenie zamówienia publicznego oraz po wysłuchaniu oświadczeń i stanowisk złożonych ustnie do

protokołu w toku rozprawy - ustaliła i zważyła, co następuje:

Skład orzekający stwierdził, że odwołanie dotyczy materii określonej w art. 513 p.z.p. i podlega rozpoznaniu zgodnie z art. 517 p.z.p. Izba stwierdziła również, że nie została wypełniona żadna z przesłanek określonych w art. 528 p.z.p., których stwierdzenie skutkowałoby odrzuceniem odwołania i odstąpieniem od badania meritum sprawy. Ponadto w ocenie składu orzekającego odwołujący wykazał, że posiada legitymację materialną do wniesienia środka zaskarżenia zgodnie z przesłankami art. 505 ust. 1 p.z.p.

W oparciu o zakreślone we wcześniejszej części uzasadnienia akta sprawy odwoławczej, Izba ustaliła następujące okoliczności w zakresie istotnym dla rozstrzygnięcia:

I. Zgodnie z rozdziałem IV SWZ przedmiotem zamówienia jest usuwanie wyrobów

zawierających azbest, tj. odpadów o kodach 17 06 01* (materiały izolacyjne zawierające azbest) i 17 06 05* (materiały budowlane zawierające azbest), zgodnie z rozporządzeniem Ministra Klimatu z dnia 2 stycznia 2020 r. w sprawie katalogu odpadów tj.:

1) ich demontaż na obiekcie wskazanym przez właściciela, użytkownika wieczystego lub zarządcę nieruchomości (osobę fizyczną), który zakwalifikował się do programu pn.: „Program usuwania wyrobów zawierających azbest z terenu powiatu konińskiego - kontynuacja" oraz transport i przekazanie wyrobów azbestowych do miejsca ich unieszkodliwienia, tj. na składowisko posiadające odpowiednie zezwolenie wydane na podstawie ustawy z dnia 14 grudnia 2012 r. o odpadach,

2) transport i unieszkodliwienie wyrobów zawierających azbest na składowisku określonym w punkcie 1.

Szacunkowa ilość wyrobów zawierających azbest przeznaczonych do usunięcia w tym zamówieniu to ok. 1.000 ton (1.000.000 kg), w tym demontaż, transport i unieszkodliwienie płyt azbestowo - cementowych - ok. 100 ton (100.000 kg) oraz transport i unieszkodliwienie płyt azbestowo - cementowych już zdemontowanych - ok. 900 ton (900.000 kg). Zakres prac obejmuje również usunięcie płyt azbestowych, które są rozdrobnione.

Z uwagi na fakt, iż podane ilości wyrobów zawierających azbest określone zostały w sposób szacunkowy na dzień sporządzenia treści SWZ, zamawiający zastrzegł, że ilości te w trakcie realizacji umowy mogą ulec zmianie (zmniejszeniu lub zwiększeniu) w czasie realizacji zadania podczas faktycznego ważenia odpadów. Zamawiający zapłaci za rzeczywistą ilość zdemontowanych, przetransportowanych i unieszkodliwionych odpadów zawierających azbest lub przetransportowanych i unieszkodliwionych opadów azbestowych, do maksymalnej kwoty środków finansowych na realizację przedmiotowego zadania. Szacunkowa ilość wyrobów

zawierających azbest podana została w celu określenia cen jednostkowych za 1 kg, które przez cały okres realizacji przedsięwzięcia nie mogą zostać zmienione przez wykonawcę, a ilość podanych wyrobów azbestowych może ulec zmniejszeniu i/lub zwiększeniu w czasie realizacji zadania ze względu na rezygnację wnioskodawców uczestniczących w programie i/lub zaistnienia warunków zezwalających na dołączenie osób uczestniczących w programie.

II. W rozdziale XIV SWZ określono sposób obliczenia ceny oferty, w tym m.in. wskazano, że cena ofertowa brutto musi uwzględniać wszystkie koszty związane z realizacją przedmiotu zamówienia zgodnie z opisem przedmiotu zamówienia oraz istotnymi postanowieniami umowy określonymi w SWZ (załącznik nr 8 do SWZ). Zgodnie z załączonym do SWZ formularzem ofertowym (załącznik nr 1 do SWZ) wykonawca został zobowiązany wycenić następujące usługi:

1) demontaż 1 kg wyrobów zawierających azbest wraz z transportem i unieszkodliwieniem - C1,

2) transport i unieszkodliwienie 1 kg wyrobów zawierających azbest, w tym przypadku cena obejmuje jedynie ich odbiór od posiadaczy oraz transport

i unieszkodliwienie - C2.

Powyższe ceny stanowiły element oceny ofert w kryteriach oceny ofert, tj. zgodnie z rozdziałem XVI SWZ cena C1 (cena demontażu 1 kg wyrobów zawierających azbest wraz z transportem i unieszkodliwieniem) posiada wagę 35%, wykonawca mógł uzyskać maksymalnie 35 punktów w tym kryterium, zgodnie ze wzorem określonym w dokumentacji postępowania, zaś cena C2 (cena transportu i unieszkodliwienia 1 kg wyrobów zawierających azbest - cena obejmuje jedynie ich odbiór od posiadaczy oraz transport i unieszkodliwienie) posiada wagę 25%, wykonawca mógł uzyskać maksymalnie 25 punktów w tym kryterium, zgodnie ze wzorem z SWZ.

III. W postępowaniu złożono trzy oferty:

1) oferta odwołującego, który wycenił cenę C1 na 0,51 zł brutto (0,47 zł netto), zaś cenę C2 na 0,48 zł brutto (0,44 zł netto),

2) oferta przystępującego, który wycenił cenę C1 na 0,26 zł brutto (0,24 zł netto), zaś cenę C2 na 0,52 zł brutto (0,48 zł netto),

3) oferta wykonawcy Logistyka Odpadów Sp. z o. o. w Bielsku Białej, który wycenił cenę C1 na 0,19 zł brutto (0,18 zł netto), a cenę C2 na 0,72 zł brutto (0,67 zł netto) - oferta została odrzucona przez zamawiającego na podstawie art. 226 ust. 1 pkt 6 p.z.p.;

IV. W dniu 11.03.2022 r., na podstawie art. 223 ust. 1 i art. 224 ust. 1 p.z.p., zamawiający wezwał przystępującego do złożenia wyjaśnień.

W wezwaniu wskazano: „Zaoferowana przez Państwa cena demontażu, transportu i unieszkodliwiania za 1 kg wyrobów zawierających azbest jako istotna część składowa budzi 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, kosztu, istotnych części składowych zaoferowanej ceny jednostkowej za 1 kg demontażu, transportu i unieszkodliwiania wyrobów zawierających azbest. Wskazana istotna część składowa ma znaczenie dla całości wyceny przedmiotu zamówienia, gdyż zgodnie z treścią SWZ stanowi aż 35% (35 pkt) wszystkich kryteriów oceny ofert. Zaoferowana cena kompleksowa usługi demontażu, transportu i unieszkodliwiania wyrobów zawierających azbest w kwocie 0,26 zł brutto za kg jest w ofercie wykonawcy o 50% niższa od ceny usługi nie obejmującej demontażu, a mającej w zakresie tylko transport i unieszkodliwienie wyrobów zawierających azbest. (...) Budzi to wątpliwości Zamawiającego, co do możliwości wykonania większego zakresu prac za cenę podaną w ofercie z należytą starannością w konkretnych warunkach gospodarczych i konkretnych okolicznościach sprawy.

Wobec powyższego, Zamawiający wzywa do złożenia wyjaśnień treści oferty dotyczącej ceny demontażu, transportu i unieszkodliwiania wyrobów zawierających azbest, w tym do złożenia dowodów w zakresie wyliczenia istotnych części składowych zaoferowanej ceny. Udzielone wyjaśnienia wraz dowodami, do których przedstawienia zobowiązany jest Wykonawca, winny potwierdzić, iż złożona oferta została przygotowana rzetelnie, a cena ustalona prawidłowo. Wyjaśnienie powinno

być konkretne i odnoszące się do wszelkich wątpliwości Zamawiającego, ponadto powinno być poparte dowodami uzasadniającymi wskazane ceny lub koszty.

Koniecznym jest również, aby Wykonawca określił, jakie okoliczności mają wpływ na przedstawione przez niego ceny, a także w jaki sposób mają na nie wpływ

V. W odpowiedzi na powyższe wezwanie, w dniu 15.03.2022 r. przystępujący złożył wymagane wyjaśnienia wraz z dowodami, które zastrzeżono jako tajemnicę przedsiębiorstwa wykonawcy.

VI. W dniu 18.03.2022 r. oferta przystępującego została wybrana jako najkorzystniejsza w postępowaniu.

Skład orzekający dokonał oceny stanu faktycznego ustalonego w sprawie mając na uwadze art. 554 ust. 1 pkt 1 p.z.p., który stanowi, że Izba uwzględnia odwołanie, jeżeli stwierdzi naruszenie przepisów ustawy, które miało wpływ lub może mieć istotny wpływ na wynik postępowania o udzielenie zamówienia.

Osią sporu była weryfikacja czy zaoferowana przez przystępującego cena w kryterium oceny ofert C1 (cena za 1 kg demontażu, transportu i unieszkodliwienia wyrobów zawierających azbest), będąca istotny składnikiem cenowym, na poziomie 0,26 zł brutto powoduje, że wykonawca powinien zostać wezwany przez zamawiającego do złożenia wyjaśnień w trybie art. 224 ust. 1 i 2 p.z.p. (zarzut nr 2 z petitum odwołania), a jego oferta powinna zostać odrzucona jako zawierająca cenę rażąco niską (art. 226 ust. 1 pkt 8 p.z.p.) i złożoną w warunkach czynu nieuczciwej konkurencji (art. 226 ust. 1 pkt 7 p.z.p. w zw. z art. 15 ust. 1 pkt 1 z.n.k.) - zarzut nr 1 z petitum odwołania, co w konsekwencji prowadziłoby do naruszenia przez zamawiającego art. 239 ust. 1 i 2 p.z.p. (zarzut nr 3).

Izba - uwzględniając zgromadzony materiał dowodowy przedłożony przez strony, po dokonaniu ustaleń na podstawie dokumentacji postępowania o udzielenie zamówienia publicznego, w szczególności w oparciu o postanowienia ogłoszenia o zamówieniu, SWZ, złożone oferty, korespondencję prowadzoną w toku postępowania, mając na względzie zakres sprawy zakreślony przez okoliczności podniesione w odwołaniu - stwierdziła, że sformułowane przez odwołującego zarzuty nie znajdują oparcia w ustalonym stanie faktycznym i prawnym, a tym samym rozpoznawane odwołanie nie zasługuje na uwzględnienie. W ocenie składu orzekającego wybór oferty przystępującego jako oferty najkorzystniejszej został dokonany przez zamawiającego w sposób prawidłowy.

Zgodnie z materiałem procesowym zamawiający w toku badania i oceny ofert zwrócił się do przystępującego o udzielenie wyjaśnień w zakresie ceny, którą zaoferowano w kryterium oceny ofert C1 - w wysokości 0,26 zł brutto za demontaż 1 kg wyrobów zawierających azbest wraz z transportem i unieszkodliwieniem (vide pkt IV i V okoliczności istotnych dla rozstrzygnięcia), zatem zarzut dotyczący zaniechania wezwania przystępującego do złożenia wyjaśnień nie znalazł potwierdzenia w materiale dowodowym i został przez Izbę oddalony jako bezpodstawny. Odwołujący nie zwrócił się do zamawiającego o udostępnienie dokumentacji postępowania, nie miał wiedzy o przeprowadzonym postępowaniu wyjaśniającym, w konsekwencji w odwołaniu nie podniesiono argumentacji dotyczącej tych okoliczności, w tym nie podjęto próby podważenia przedstawionego przez przystępującego sposobu obliczenia ceny za C1.

Odwołanie w znaczącej części sprowadza się do tych samych okoliczności, które zamawiający wskazał w wezwaniu przystępującego do złożenia wyjaśnień. Fakty te, dotyczące oceny ceny C1 w kryterium oceny ofert, charakteru tej ceny, która jest istotnym składnikiem cenowym czy procentowych różnić pomiędzy cenami, nie były sporne. Natomiast zarzut zaniechania odrzucenia oferty jako zawierającej cenę rażąco niską nie może sprowadzać się do wskazania na bezsporną wagę składnika ceny i proste porównanie wartości arytmetycznych ze złożonych ofert. Zgodnie bowiem z utrwalonym stanowiskiem orzecznictwa „okoliczność, że cena zaoferowana przez jednego z wykonawców jest znacznie niższa od ustalonej przez zamawiającego wartości zamówienia, bądź też jest znacznie niższa od cen zaoferowanych przez pozostałych wykonawców, nie przesądza automatycznie o tym, iż oferta zawierająca najniższą cenę powinna zostać automatycznie odrzucona na postawie art. 89 ust. 1 pkt 4 p.z.p. [obecnie art. 226 ust. 1 pkt 8 p.z.p. - przyp. Izba] Innymi słowy niedopuszczalne jest automatyczne uznanie ceny zawartej w ofercie za rażąco niską wyłącznie na podstawie arytmetycznego kryterium i odrzucenie oferty poniżej pewnego poziomu. Okoliczność, że cena zaoferowana przez danego wykonawcę jest znacznie niższa od ustalonej przez zamawiającego wartości zamówienia, bądź też jest znacznie niższa od średniej cen zawartych w pozostałych ofertach, może jedynie rodzić przypuszczenie, że zaoferowana przez danego wykonawcę cena jest rażąco niska, nie przesądza zaś automatycznie o jej odrzuceniu”. (tak wyrok Sądu Okręgowego w Łodzi z dnia 29.07.2016 r. sygn. akt: III Ca 548/16). Podobnie wskazał Sąd Okręgowy w Katowicach „Cena "rażąco niska" to taka, która została zaoferowana poniżej kosztów wytworzenia usługi, czy też dzieła

przez tego wykonawcę, który ją zaoferował. Oznacza to, że dysproporcja cen zaoferowanych przez kilku wykonawców, nie daje jeszcze podstaw do założenia, że cena najniższa podana przez jednego z wykonawców, jest ceną rażąco niską, gdyż zależne jest to efektywności oraz kosztów prowadzenia działalności określonego podmiotu". (wyrok z dnia 21.06.2010 r., sygn. akt: XIX Ga 175/10).

Zdaniem Izby proste arytmetyczne porównanie nie może przesądzać o konieczności odrzucenia jednej z ofert. Okolicznością notoryjną, a więc niewymagającą żadnego dowodu jest fakt, że na cenę oferty ma wpływ cały szereg okoliczności i czynników indywidualnie dotyczących każdego przedsiębiorcy. Różne podmioty, o odmiennej historii na rynku, różnej wiarygodności finansowej, różnych relacjach handlowych, właściwym dla siebie potencjale technicznym i zawodowym oraz własnym know-how, są w stanie zaoferować różne ceny ofertowe, co nie świadczy o rażąco niskiej cenie, a o prawidłowym działaniu konkurencyjnej gospodarki. Argumentacja ta posiada odzwierciedlenie w wyjaśnieniach sposobu kalkulacji ceny przystępującego, gdzie wskazywano na korzystne warunki, indywidualnie dostępne dla przedsiębiorcy, a także na posiadane przez wykonawcę know-how realizacji tego typu zamówień, oparte na posiadanym doświadczeniu, co powoduje możliwość zaoferowania przez przystępującego spornej ceny na przyjętym poziomie.

Dokonana przez Izbę kontrola czynności w postępowaniu skutkowała stwierdzeniem, że przystępujący wykazał, że posiada uzasadnione podstawy do przyjęcia ceny za C1 w wysokości 0,26 zł brutto. Wyjaśnienia z dnia 15 marca 2022 r. w sposób pełny i wiarygodny odpowiadają na wezwanie zamawiającego, przedłożono wraz z nimi dowody (umowy i faktury), które są komplementarne z wyjaśnieniami i jednoznacznie je potwierdzają. Ponieważ omawiane wyjaśnienia zostały objęte przez wykonawcę tajemnicą przedsiębiorstwa i nie zostały odtajnione przez zamawiającego (co nie zostało także zaskarżone przez odwołującego), skład orzekający odniesie się do zastrzeżonych informacji w sposób ogólny, bez ujawniania konkretnych, utajnionych danych.

Izba ustaliła, że na str. 2 - 5 wyjaśnień przedstawiono szczegółowe kalkulacje dotyczące ceny za demontaż, transport i unieszkodliwienie wyrobów zawierających azbest. W wyjaśnieniach zawarto konkretne składniki cenowe, które składają się na przyjętą cenę, poparte drobiazgowymi wyliczeniami. Zaś na str. 6 - 8 wyjaśnień przedstawiono wytłumaczenie przyjęcia niższej ceny za usługę wymagającą wykonania większego zakresu pracy, tj. demontażu, zapakowania, transportu i przekazania na składowisko 1 kg wyrobów zawierających azbest od usługi wymagającej wykonania mniejszego zakresu czynności, tj. zapakowania, transportu i przekazania na składowisko 1 kg wyrobów zawierających azbest. Poparte dowodami wyjaśnienia przystępującego, oparte na doświadczeniu wykonawcy (także należyte wykonanie analogicznego zamówienia w 2021 r.) szczegółowo odnoszą się do sposobu realizacji zamówienia, w tym zawierają porównanie wykonywania obu usług - z demontażem i bez demontażu, co przełożono na niższy koszt. Omawiane wyjaśnienia zostały przez Izbę uznane za spójne, logiczne i przekonujące. Racjonalnie wyjaśniono różnice w zaoferowanych cenach, a także pokazano metodę realizacji zamówienia usługi C1 powodującą niższy jej koszt dla przedsiębiorcy, co ma odzwierciedlenie w cenie zaoferowanej dla zamawiającego. Skoro więc przystępujący w sposób prawidłowy udowodnił, że jego cena jest realna i rynkowa, to nie doszło do zaoferowania ceny rażąco niskiej.

Natomiast odwołujący nie zdecydował się na wskazanie w odwołaniu okoliczności potwierdzających, że usługa z demontażem wymaga znacznego, dodatkowego zaangażowania sprzętu i zasobów kadrowych, odwołanie sprowadza się do zapewnień strony, że tak jest. O ile każdy z wykonawców przyjmuje sposób realizacji umowy zgodny z własnym know-how i posiadanym zapleczem technicznym, to Izba nie miała z czym skonfrontować wyjaśnień przystępującego, co spowodowało oddalenie odwołania w tym zakresie. Zarzut zaniechania odrzucenia oferty ze względu za zaoferowanie rażąco niskiej ceny nie może sprowadzać się do ogólnikowych twierdzeń, że cena jest rażąco niska. Nic nie stało na przeszkodzie, aby odwołujący przedstawił model kalkulacji lub ogólne wyliczenia, które doprowadziły go do postawienia omawianego zarzutu. Odwołujący zaś w sposób niezasadny uznał, że ciężar dowodowy przerzucony na wykonawcę, którego cena ofertowa jest kwestionowana, posiada charakter absolutny i wystarczającym jest samo zakwestionowanie poziomu ceny, tak jakby nie była ona szczegółowo wyjaśniania. Udzielając wyjaśnień przystępujący dostarczył już materiał dowodowy na poparcie swoich kalkulacji cenowych, a więc sprostał ciężarowi nałożonemu na niego przez przepisy prawa - w przypadku uznania tego materiału za prawidłowy nie sposób jest odnaleźć w regulacjach p.z.p. obowiązku dalszego dowodzenia okoliczności już dostatecznie wyjaśnionej w toku postępowania o udzielenie zamówienia publicznego. Przyjmując koncepcję powstania domniemania zaoferowania rażąco niskiej ceny w wyniku wezwania wykonawcy do złożenia wyjaśnień, należy stwierdzić, że domniemanie to zostało przez przystępującego obalone w wyniku złożenia wyjaśnień wraz z dowodami. Ponadto, pomimo że na wykonawcy wezwanym do złożenia wyjaśnień sposobu wyliczenia ceny spoczywa ciężar wykazania, że jego cena nie jest rażąco niska, czemu sprostano poprzez złożenie wyjaśnień z dowodami,

to jednocześnie nie zwalnia to odwołującego z wykazania zasadności stawianych przez niego zarzutów (art. 516 ust. 1 pkt 7 i 10 p.z.p.).

Dodatkowo Izba zaznacza, że przyjęte przez przystępującego założenia potwierdza trzecia oferta, która została złożona w postępowaniu, a odrzucona przez zamawiającego, gdzie również cena za usługę z demontażem jest znacząco niższa od ceny za sam transport i unieszkodliwienie wyrobów z azbestem (ppkt 3 pkt III okoliczności istotnych dla rozstrzygnięcia).

Konkludując, nie znalazło potwierdzenia w materiale procesowym, aby przystępujący nie miał uzasadnionych podstaw do zaoferowania ceny C1 na poziomie 0,26 zł brutto. Wyjaśnienia wykonawcy udowadniają ekwiwalentny poziom ceny, zaś odwołujący nie wykazał okoliczności przeciwnej, zatem zarzut naruszenia przez zamawiającego art. 226 ust. 1 pkt 8 p.z.p. został przez Izbę oddalony jako bezzasadny. Nie potwierdził się także zarzut naruszenia art. 226 ust. 1 pkt 7 p.z.p. w zw. z art. 15 ust. 1 pkt 1 z.n.k., oparty na tych samych okolicznościach faktycznych odwołania. Wykazanie przez przystępującego w złożonych wyjaśnianiach rynkowego charakteru ceny, który zapewni prawidłowe wykonanie przedmiotu zamówienia powoduje, że nie mógł zostać uwzględniony także zarzut złożenia oferty w warunkach czynu nieuczciwej konkurencji.

W konsekwencji oddalenia przez Izbę zarzutów nr 1 i 2 z petitum odwołania, oddaleniu podlegał również zarzut nr 3 dotyczący naruszenia przez jednostkę zamawiającą art. 239 ust. 1 i 2 p.z.p.

Brak potwierdzenia zarzutów wskazanych w odwołaniu powoduje, iż w przedmiotowym stanie faktycznym nie została wypełniona hipoteza art. 554 ust. 1 pkt 1 p.z.p. - zamawiający prawidłowo dokonał wyboru oferty przystępującego, więc odwołanie zostało przez skład orzekający oddalone w całości.

Mając na uwadze powyższe, orzeczono jak w sentencji.

Rozstrzygnięcie o kosztach postępowania wydano na podstawie art. 575 p.z.p. obciążając strony kosztami zgodnie z zasadą odpowiedzialności za wynik postępowania odwoławczego z uwzględnieniem § 8 ust. 2 zd. 1 w zw. z § 5 pkt 1 rozporządzenia 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). Izba obciążyła odwołującego, którego odwołanie zostało oddalone kosztami postępowania odwoławczego, na które złożył się uiszczony przez stronę wpis od odwołania.

Skład orzekający nie zasądził na rzecz zamawiającego kosztów postępowania odwoławczego od odwołującego, ponieważ strona ograniczyła się do złożenia wniosku o ich zasądzenie, kiedy koszty wynagrodzenia pełnomocnika zamawiającego są ustalane na podstawie rachunków lub spisu kosztów złożonych do akt sprawy (§ 5 ust. 2 lit. b ww. rozporządzenia). W tym zakresie Izba orzeka w oparciu o szczególne regulacje, wprowadzone do systemu prawa na potrzeby postępowania przed Krajową Izbą Odwoławczą, które wymagają nie tylko złożenia formalnego wniosku, a warunkują uwzględnienie kosztów strony od przedłożenia do akt sprawy rachunku bądź spisu kosztów - dowodu poniesienia tych wydatków, w przypadku więc braku (lub niemożliwości przedłożenia takiego dowodu) skład orzekający nie ma podstaw do ich zasądzenia.

Przewodniczący: