Sygn. akt: KIO 820/23

WYROK

z dnia 7 kwietnia 2023 r.

Krajowa Izba Odwoławcza - w składzie:

Przewodniczący: Bartosz Stankiewicz

Protokolant: Aldona Karpińska

po rozpoznaniu na rozprawie w dniu 5 kwietnia 2023 r. w Warszawie odwołania wniesionego do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej w dniu 27 marca 2023 r. przez wykonawcę M. N. prowadzącego działalność gospodarczą pod nazwą NORD-GLAS M. N. z siedzibą w Gowinie przy ul. Jeziornej 55 (84-215 Gowino) w postępowaniu prowadzonym przez zamawiającego 18 Wojskowy Oddział Gospodarczy z siedzibą w Wejherowie przy ul. Jana III Sobieskiego 277 (84-200 Wejherowo)

przy udziale wykonawcy A. C. prowadzącego działalność gospodarczą pod nazwą PETRO-SERWIS A. C. z siedzibą w Sławnie przy ul. Wincentego Witosa 7d (76-100 Sławno), zgłaszającego przystąpienie do udziału w postępowaniu odwoławczym

po stronie zamawiającego

orzeka:

1. Oddala odwołanie.

2. Kosztami postępowania obciąża wykonawcę M. N. prowadzącego działalność gospodarczą pod nazwą NORD-GLAS M. N. z siedzibą w Gowinie i zalicza na poczet kosztów postępowania odwoławczego kwotę 7 500 zł 00 gr (słownie: siedem tysięcy pięćset złotych zero groszy) uiszczoną przez tego wykonawcę tytułem wpisu od odwołania.

Stosownie do art. 579 ust. 1 i 580 ust. 1 i 2 ustawy z dnia 11 września 2019 r. Prawo zamówień publicznych (t.j. Dz. U. z 2022 r., poz. 1710 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 820/23

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

18 Wojskowy Oddział Gospodarczy z siedzibą w Wejherowie zwany dalej: „zamawiającym”, prowadzi postępowanie o udzielenie zamówienia publicznego na podstawie przepisów ustawy z dnia 11 września 2019 r. Prawo zamówień publicznych (t.j. Dz. U. z 2021 r. poz. 1710 ze zm.), zwanej dalej: „Pzp”, w trybie podstawowym bez negocjacji pn.: Przygotowanie zbiorników magazynowych, urządzeń filtracyjnych oraz cystern paliwowych do badań dozorowych, znak sprawy 18WOG-SZP.2712.9.2023, zwane dalej „postępowaniem”.

Ogłoszenie o zamówieniu zostało zamieszczone w Biuletynie Zamówień Publicznych w dniu 24 lutego 2023 r., pod numerem 2023/BZP 00109695/01.

Szacunkowa wartość zamówienia, którego przedmiotem są usługi, jest niższa od kwot wskazanych w aktach wydanych na podstawie art. 3 ust. 3 Pzp.

W dniu 27 marca 2023 r. wykonawca M. N. prowadzący działalność gospodarczą pod nazwą NORD-GLAS M. N. z siedzibą w Gowinie (zwany dalej: „odwołującym”) wniósł odwołanie wobec czynności zamawiającego polegających na:

- braku odrzucenia oferty złożonej przez Petro-Serwis A. C. w postępowaniu dla obu części;

- wezwaniu do złożenia przez A. C., prowadzącego działalność gospodarczą pod firmą Petro-Serwis A. C. wyjaśnień w trybie art. 224 Pzp.

Odwołujący zarzucił zamawiającemu naruszenie następujących przepisów:

1) art. 226 ust. 1 pkt 8 w zw. z art. 224 ust. 5 i 6 Pzp, przez brak odrzucenia oferty Petro-Serwis A. C., co powinno zostać dokonane z uwagi na zawarcie w ofercie rażąco niskiej ceny i kosztów oraz nieudzielanie przez Petro-Serwis A. C. wyjaśnień i dowodów, które uzasadniałyby podane w ofercie cenę i koszty – zarzut 1;

ewentualnie, w przypadku braku uwzględnienia zasadności powyższego zarzutu,

2) art. 224 ust. 4 Pzp, przez zaniechanie żądania wyjaśnień dotyczących ceny lub kosztu lub ich istotnych części składowych w zakresie:

a) 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;

b) zgodności z przepisami z zakresu prawa pracy i zabezpieczenia społecznego, obowiązującymi w miejscu, w którym realizowane jest zamówienie;

– zarzut 2.

W związku z powyższymi zarzutami odwołujący wniósł o uwzględnienie odwołania i żądał:

- odrzucenia oferty złożonej przez wykonawcę A. C., prowadzącego działalność gospodarczą pod firmą Perto-Serwis A. C. w Sławnie jako zawierającej rażąco niską cenę oraz nakazania zamawiającemu dokonania ponownego badania i oceny ofert w postępowaniu;

- unieważnienia czynności wyboru najkorzystniejszej oferty w postępowaniu;

- przyznania od strony przeciwnej całości kosztów postępowania odwoławczego, w tym kosztów wynagrodzenia pełnomocnika w wysokości 3 600,00 zł;

- ewentualnie, w przypadku braku uwzględnienia zarzutu 1:

- wyłącznie unieważnienia czynności wyboru najkorzystniejszej oferty w postępowaniu, z jednoczesnym przyznaniem kosztów postępowania odwoławczego.

Odwołujący wyjaśnił, że posiada interes do wniesienia odwołania, bowiem jest zainteresowany uzyskaniem przedmiotowego zamówienia publicznego i złożył w postępowaniu niepodlegającą odrzuceniu ofertę, która może zostać wybrana w przypadku uwzględnienia odwołania i odrzucenia oferty Petro-Serwis A. C..

W uzasadnieniu odwołujący w pierwszej kolejności wskazał, że odwołanie dotyczyło czynności zamawiającego polegających na skierowaniu do wykonawcy Petro-Serwis A. C. wezwania w trybie art. 224 ust. 1 Pzp oraz wyboru oferty ww. wykonawcy jako najkorzystniejszej pomimo faktu, że wykonawca nie sprostał obowiązkowi udzielenia wyjaśnień i przedstawienia dowodów, które uzasadniałyby podane w ofercie cenę i koszty. Odwołujący stwierdził, że dokumentacja postępowania potwierdza, iż zarzuty i żądania zawarte w odwołaniu są zasadne i zasługują na uwzględnienie.

W odniesieniu do zarzutu 1 odwołujący wyjaśnił, że oferta z dnia 6 marca 2023 r. i wyjaśnienia Petro-Serwis A. C. z dnia 13 marca 2023 r. (udzielone na wezwanie zamawiającego w trybie art. 224 ust. 2 Pzp) zawiera szereg niewyjaśnionych wątpliwości odnoszących się do kalkulacji ceny i kosztów, które w ogóle nie zostały wzięte pod uwagę przez zamawiającego przy dokonywaniu oceny zaistnienia przesłanek określonych w art. 226 ust. 1 pkt 8 Pzp. W tym zakresie odwołujący wskazał, że:

1) Petro-Serwis A. C. nie przekazał wraz z wyjaśnieniami z dnia 13 marca 2023 r. żadnych dowodów potwierdzających prawdziwość kwot wskazanych w przedstawionych kalkulacjach. Ma to przede wszystkim znaczenie w zakresie informacji zawartych w kolumnie „koszty pośrednie, materiały, utylizacja odpadów, noclegi”, kolumny „koszty transportu” oraz szacowanego zysku pomniejszonego o wartość podatku dochodowego i składki zdrowotnej oraz o koszt amortyzacji urządzeń;

2) Petro-Serwis A. C.nie podał w wyjaśnieniach żadnej konkretnej informacji o liczbie pracowników, którymi będzie posiłkował się przy wykonywaniu zamówienia;

3) odwołujący zauważył, że nie ma realnej możliwości weryfikacji prawdziwości danych podanych w kolumnie „koszty transportu”. Odwołujący wskazał, że zamówienie będzie wykonywane w miejscowościach Rozewie, Siemirowice, Gdynia i Wejherowo. Miejscem wykonywania działalności gospodarczej przez wykonawcę jest miejscowość Sławno. Odległości od tego miejsca do czterech powyższych miejscowości, w których wykonywane będą usługi to odpowiednio:

a) do Siemirowic – 85 km

b) do Rozewia – 143 km

c) do Wejherowa – 114 km

d) do Gdyni Babich Dołów – 149 km

e) do Gdyni Grabówka – 145 km

Z wyjaśnień wykonawcy wynika natomiast, że:

a) koszty dojazdu (dojazdów?) do położonych najbliżej Siemirowic to 600 zł,

b) koszty dojazdu (dojazdów?) do położonego prawie dwa razy dalej Rozewia i Gdyni to jedynie 800 zł (a nie np. dwa razy więcej niż do położonych bliżej Siemirowic),

c) koszty dojazdu (dojazdów?) do Wejherowa to 600 zł,

d) koszty dojazdu (dojazdów?) do położonej zaledwie 30 km dalej Gdyni Grabówka to już o 200 zł więcej, a więc 800 zł, niemniej jednak:

e) koszt dojazdu (dojazdów?) do Siemirowic lub Wejherowa, między którymi również jest 30 km różnicy (jak między Wejherowem i Gdynią), jest już taki sam,

f) koszt dojazdu (dojazdów?) do Gdyni Babich Dołów to przeważnie 800 zł, jednakże dla pozycji 7-9 w wyjaśnieniach dla Zadania 2 to już tylko 750 zł.

Zdaniem odwołującego, składając wyjaśnienia w powyższym zakresie wykonawca Petro-Serwis A. C. nie przedstawił żadnych danych odnoszących się do podanych kwot stanowiących koszty transportu. Nie wiadomo jakimi i iloma samochodami porusza się wykonawca oraz jakie jest zużycie paliwa (benzyna czy ON) tych pojazdów.

4) odnośnie wyjaśnień dotyczących kosztów transportu za mylącą należy uznać informację, że W zadaniu I rewizję zewnętrzną zbiorników do magazynowania paliw Wojskowy Dozór Techniczny wykonuje zgodnie ze swoją metodyką i swoimi kosztami ekonomicznymi w czasie jednego wyjazdu do dyslokacji sprzętu w danej jednostce wojskowej. Dla przedsięwzięcia nr 2, 3 i 5: Skład MPS Siemirowice i koszty transportu firmy ujęto tylko w pozycji nr 2. Mogłoby z niej wynikać, że w celu wykonania trzech powyższych przedsięwzięć potrzebny jest wyłącznie jeden przyjazd wykonawcy, podczas którego zostaną wykonane

zarówno czynności przygotowujące do badań dozorowych jak i same badania (przy jednej obecności Wojskowego Dozoru Technicznego). Z okoliczności jednego przyjazdu przedstawiciela WDT, wykonawca wywodzi korzystny dla siebie wniosek polegający na ograniczeniu kosztów transportu. Odwołujący rozumie to w ten sposób, że okoliczność jednego przyjazdu przedstawiciela WDT przykładowo dla przedsięwzięć 2, 3 i 5 w ramach Zadania I powoduje, że koszt 600 zł (rozdzielony na trzy lokalizacje), staje się kosztem jednego przyjazdu wykonawcy do Siemirowic. Prowadzi to do dość absurdalnego wniosku, że na 100 km pojazd wykorzystywany przez Petro-Serwis A. C. spala paliwa za kwotę 352 zł (odległość Sławno-Siemirowice-Sławno to 170 km, na tej odległości koszty transportu to 600 zł). Przy założeniu, że paliwo kosztuje nawet 8 zł za jeden litr, spalanie paliwa przez pojazd wykonawcy na 100 km wyniesie 44 litry. Przyjazdów do miejsca wykonywania prac musi być więc zdecydowanie więcej niż jeden (skoro koszt dojazdu jest tak wysoki), a co za tym idzie, więcej musi być też roboczogodzin poświęconych na wykonanie prac, co podaje w wątpliwość również i koszty pracy. Powyższe wątpliwości dobitnie widać również na przykładzie przedsięwzięcia nr 6 w Zadaniu I, gdzie za jeden dojazd ze Sławna do Gdyni, celem wykonania prac w wymiarze 3 roboczogodzin, Petro-Serwis A. C. ustalił koszty transportu w kwocie 800 zł (spalanie na 100 km paliwa za kwotę 275 zł). Reasumując, wyjaśnienia i kalkulacje Petro-Serwis A. C. odnoszące się do kosztów transportu są całkowicie nieweryfikowalne, a z punktu widzenia zasad logiki i doświadczenia życiowego całkowicie nierzetelne.

5) nawiązując jeszcze do powyższego aspektu odnoszącego się do rzekomych oszczędności wykonawcy z uwagi na sposób działania inspektora WDT – jeden przyjazd do jednej dyslokacji sprzętu, należy również zwrócić uwagę na wyjaśnienia odnoszące się do Zadania II i pozycji 2 – 6. W tym przypadku Petro-Serwis A. C. również zwraca uwagę, że może podzielić koszty transportu do Siemirowic w kwocie 600 zł na 5 pozycji, przez co dla każdej pozycji koszt ten wynosi zgodnie z tabelą 120 zł. Odwołujący zwraca uwagę, że łączny wymiar roboczogodzin dla tych 5 pozycji to 32 rbh, co oznacza, że prace nie mogą być przeprowadzone w ciągu jednej doby, co już samo w sobie stanowi zaprzeczenie:

a) albo możliwości przeprowadzenia badań przez Inspektora WDT w ciągu jednej doby;

b) albo możliwości jednokrotnego i zarazem jednodniowego przyjazdu wykonawcy;

c) albo zaistnienia oszczędności, bowiem wykonawca będzie musiał skorzystać z usług hotelowych (co samo w sobie, dla oddalonych o 85 km od Sławna Siemirowic, jest oczywiście nielogiczne).

Zdaniem odwołującego cała argumentacja Petro-Serwis A. C., która wiąże się z rzekomymi oszczędnościami z uwagi na jeden wyjazd inspektora WDT do jednej dyslokacji sprzętu, jest więc argumentacją naciąganą i przede wszystkim obarczoną błędami logicznymi.

Wykonawca będzie musiał przyjechać w każde miejsce wykonywania usług więcej niż jeden raz, co spowoduje wzrost zarówno ilości roboczogodzin jak i kosztów transportu.

6) odnośnie kolumny „koszty pośrednie, materiały, utylizacja odpadów, noclegi” należy przede wszystkim wskazać, że zawarte w niej dane są całkowicie nieweryfikowalne. Nie wiadomo czym są „koszty pośrednie”. Nie wiadomo jakich materiałów zamierza użyć wykonawca. Nie wiadomo jakie są koszty utylizacji odpadów, oraz czy w świetle różnic w sprzęcie (zbiorniki, cysterny i filtry paliwowe różnej pojemności) za każdym razem ilość odpadów będzie taka sama czy inna. Ostatecznie nie wiadomo, w jakich sytuacjach wykonawca zamierza korzystać z noclegów, ile osób będzie korzystało z noclegów, czy noclegi poza miejscowością będącą siedzibą przedsiębiorstwa będą się również miały miejsce w związku z wykonywaniem zamówienia w Siemirowicach -

oddalonych od Sławna o 85 km. Odwołujący wskazał, że koszty te zostały przez wykonawcę znacząco zaniżone. Do wykonania zamówienia potrzebne jest wykorzystanie drogiego materiału, jakim jest paliwo (w przypadku prób szczelności), którego znaczna część zostaje w cysternach po przeprowadzeniu próby (i jest to zawsze strata wykonawcy). Przykładowo w przypadku cysterny CD-5, o której mowa w wierszach 1, 3, 4, 5 tabeli dla Zadania II, jest to każdorazowo strata paliwa rzędu 70 litrów. W przypadku większych cystern jest to oczywiście odpowiednio więcej, a konkretnie w przypadku cysterny CND-27 strata będzie wynosiła około 140 litrów (140 litrów x 6,50 zł = 910 zł, a „koszty" podane przez Petro-Serwis A.C. – 680 zł). W związku z czyszczeniem wodą, powstaje bardzo znaczna ilość odpadu (zanieczyszczonej wody), którą trzeba zutylizować. Odpadem jest również „czyściwo" używane do mycia.

7) rozwijając argumentację zawartą w powyższym punkcie i bazując na przykładach odnoszących się do Zadania II, odwołujący wyjaśnił, że:

a) cysterna CD-5, o której mowa w wierszach 1, 3, 4, 5 tabeli dla Zadania II, zawartej w załączniku nr 2 do SWZ, ma pojemność około 5 $m^3$,

b) cysterna CND-27, o której mowa w wierszu 2 ww. tabeli, ma pojemność około 27 $m^3$,

c) cysterna CP-4, o której mowa w wierszach 6, 7, 8 i 9 ww. tabeli, ma pojemność około 4 $m^3$,

d) cysterna CP-10, o której mowa w wierszach 10, 11, 12, 14 i 15 ww. tabeli, ma pojemność około 10 $m^3$,

e) cysterna CND-21, o której mowa w wierszu 13 ww. tabeli, ma pojemność około 21 $m^3$. Zamawiający muszący posiadać powyższą wiedzę, musiał również powziąć uzasadnione wątpliwości co do pozycji „koszty pośrednie, materiały, utylizacja odpadów, noclegi". Odwołujący wskazał bowiem, że celem dokonania próby szczelności (PS), do cysterny konieczne jest wpompowanie pewnej ilości paliwa, w związku z czym zawsze powstaje

pewien ubytek. Dzieje się tak, ponieważ nie ma możliwości spuszczenia całego paliwa, które zostało użyte do próby. Dla cysterny CND-27 będzie to ubytek większy, niż dla cysterny CD-5, niemniej jednak koszty materiałów i innych dla cysterny mniejszej (zgodnie z wyjaśnieniami wykonawcy – 980 zł, pozycja 3 tabeli dla Zadania II), są większe niż dla cysterny CND-27 o większym litrażu (zgodnie z wyjaśnieniami wykonawcy – 680 zł, pozycja 2 w Zadaniu II). Tym bardziej, że pozycja 2 w tabeli dla Zadania II zawiera również dodatkowy zakres odnoszący się do rewizji zewnętrznej węży, co także musi powodować dodatkowe koszty. Niezależnie od powyższego odwołujący wskazał, że w przypadku przygotowania zbiorników magazynowych V-25 i V-50 w miejscowościach Siemirowice i Gdynia Grabówek (pozycje nr 5 i 6 tabeli dla Zadania I w wyjaśnieniach wykonawcy), za rewizję zewnętrzną jednego zbiornika V-25 wykonawca przewidział wynagrodzenie w kwocie 100 zł, a dla zbiornika V-50 już w kwocie 250 zł. Rewizja zewnętrzna zbiorników podziemnych w obu powyższych przypadkach polega w zasadzie na dokonaniu tych samych czynności, pomimo innych pojemności, stąd też taka rozbieżność cenowa jest całkowicie niezasadna.

8) ostatecznie odwołujący kwestionował również podany w wyjaśnieniach z dnia 13 marca 2023 r. zbyt niski zysk, który po odjęciu kosztów pracy pracownika ma teoretycznie wynosić 15 000 zł. W tabelach stanowiących wyjaśnienia dla poszczególnych cen jednostkowych w Zadaniach I i II Petro-Serwis A. C. podał, że stawka jednej roboczogodziny została ustalona na 150 zł. Odwołujący rozumiał przez to, że skoro została podana jedna stawka, jest to stawka jednolita zarówno dla „pracującego szefa" (wykonawcy) jak i dla jego pracownika. Przy takim założeniu, każdy z dwóch pracujących ma rzekomo przychód w wysokości 16 950 zł. Jednakże tylko pracodawca będzie zobowiązany odprowadzić za pracownika składki emerytalne, rentowe, wypadkowe, na fundusz pracy i fundusz solidarnościowy oraz na fundusz gwarantowanych świadczeń pracowniczych, co stanowi około 20% podstawy wymiaru składek i de facto pomniejsza kwotę 16 950 zł o 3 443,50 zł. Dlatego również i w przypadku zysku wykonawcy należy stwierdzić, że w wyjaśnieniach z dnia 13 marca 2023 r. podane zostały dane nierzetelne. Należy również wskazać iż nie wiadomo, czy podając stawkę roboczogodziny swoją i pracownika w wysokości 150 zł wykonawca uwzględnił również czas dojazdu do miejsca wykonywania prac.

W zakresie zarzutu 2 odwołujący wskazał, że zgodnie z treścią art. 224 ust. 2 Pzp, zamawiający miał obowiązek zwrócenia się do Petro-Serwis A. C. o udzielenie wyjaśnień wobec faktu, że cena zaoferowana przez tego wykonawcę była w przypadku Zadania I niższa o 40,38% od wartości zamówienia powiększonej o należny podatek od towarów i usług oraz niższa o 51,40% od średniej arytmetycznej wszystkich złożonych ofert oraz w przypadku Zadania II niższa o 46,14% od średniej arytmetycznej wszystkich złożonych ofert.

Zamawiający zwrócił się do Petro-Serwis A. C. o udzielenie wyjaśnień (pismo z dnia 8 marca 2023 r.). Widząc to, odwołujący pismem również datowanym na 8 marca 2023 r. zwrócił się do zamawiającego o przesłanie:

- oferty złożonej przez PETRO-SERWIS A. C.,

- kopii (skanu) wezwania wystosowanego przez 18 WOG w trybie art. 224 ust. 1 Pzp do ww. wykonawcy'

- kopii (skanu) wyjaśnień udzielonych przez PETRO-SERWIS A. C., niezwłocznie po ich otrzymaniu przez 18 WOG.

W odpowiedzi na powyższe, zamawiający wskazał odwołującemu, że przesłanie dokumentów o których mowa w punktach 2 i 3 powyżej nie jest możliwe.

Odwołujący podniósł, że możliwość zaskarżenia wezwania zamawiającego do wykonawcy z dnia 8 marca 2023 r., a więc czynności związanej z naruszeniem art. 224 ust. 4 Pzp powstała dopiero w dniu 23 marca 2023 r., a więc w dacie, w której zamawiający przesłał odwołującemu skan swojego wezwania skierowanego do Petro-Serwis A. C.. Od tego momentu zaczął więc bieg termin, o którym mowa w art. 515 ust. 1 pkt 2 lit. a) Pzp (ewentualnie art. 515 ust. 3 pkt 2 Pzp). Analiza treści wezwania zamawiającego z dnia 8 marca 2023 r. do Petro-Serwis A. C. prowadzi do niebudzącego wątpliwości wniosku, że dokonując tej czynności naruszony został art. 224 ust. 4 Pzp. Zgodnie z tym przepisem, w przypadku zamówień na roboty budowlane lub usługi, zamawiający jest obowiązany żądać wyjaśnień, o których mowa w art. 224 ust. 1, co najmniej w zakresie określonym w art. 224 ust. 3 pkt 4 i 6 Pzp. Poza wezwaniem, by Petro-Serwis A. C. przedstawił wyjaśnienia i dowody odnoszące się do ogólnie pojętych kosztów zatrudnienia pracowników, zamawiający nie zażądał żadnych informacji i dokumentów odnoszących się do kwestii szczegółowo opisanych w ww. przepisie. Należy przy tym dobitnie podkreślić, że żądanie informacji o których mowa w art. 224 ust. 3 pkt 4 i 6 Pzp jest bezwzględnym obowiązkiem zamawiającego. W rozpatrywanym przypadku było to tym bardziej zasadne, że zamawiający określił w rozdziale 5 pkt 2 SWZ wymagania związane z realizacją zamówienia w zakresie zatrudnienia przez wykonawcę lub podwykonawcę na podstawie stosunku pracy osób wykonujących wskazane przez zamawiającego czynności w zakresie realizacji zamówienia, jeżeli wykonanie tych czynności polega na wykonywaniu pracy w sposób określony w art. 22 § 1 ustawy z dnia 26 czerwca 1974 r. - Kodeks pracy. Charakter zamówienia wskazuje również na to, że przy jego wykonywaniu, między innymi ze względu na szeroki zakres, wykonawcy muszą korzystać z pomocy pracowników. Nie jest to zamówienie, które wymagałoby osobistego działania wykonawcy ze względu na posiadane przez niego uprawnienia, umiejętności i przymioty.

Mając na względzie powyższe – zdaniem odwołującego – należało uznać, że podniesiony zarzut jest ewidentnie zasadny, co uzasadnia uwzględnienie żądania dotyczącego unieważnienia czynności wyboru najkorzystniejszej oferty w postępowaniu. Mając na względzie argumentację odnoszącą się do zarzutów 1 i 2, odwołanie powinno podlegać uwzględnieniu. Odwołujący przede wszystkim wyjaśnił, że zarzuty nr 1 i 2 są całkowicie rozdzielne. Należy przez to rozumieć, że nawet w przypadku prawidłowego skierowania do Petro-Serwis A. C. wezwania do udzielenia wyjaśnień i wytłumaczenia przez niego kwestii, o których mowa w art. 224 ust. 3 pkt 4 i 6 Pzp, w dalszym ciągu oferta tego wykonawcy musiałaby podlegać odrzuceniu z uwagi na rażąco niską cenę i brak jej właściwego uzasadnienia odnośnie innych aspektów, niż związane z zatrudnieniem pracowników. Nawet działanie zamawiającego zgodne z przepisami ustawy nie zmieniłoby faktu, że w sprawie i tak musiałby znaleźć zastosowanie art. 226 ust. 1 pkt 8 Pzp. Dlatego zdaniem odwołującego już na tym etapie zasadne jest odrzucenie oferty bowiem ewentualne ponowne wezwanie do złożenia przez Petro-Serwis A. C. wyjaśnień nie może stanowić próby ratowania oferty.

Ponadto w ocenie odwołującego cena w postępowaniu zaproponowana przez Perto-Serwis A. C. jest ceną nierynkową, zaniżono bowiem „koszty pośrednie, materiałów, utylizacji odpadów i noclegów". Ponadto podano nieprawdziwe wyjaśnienia w zakresie rzekomych oszczędności, związanych z tylko jednym przyjazdem do miejsca wykonywania prac (całkowicie nie współgra to z kosztami transportu). Nierzetelne są również wyjaśnienia w zakresie rzekomego zysku osiągniętego przez wykonawcę. Na marginesie można jedynie wskazać, że do powyższych naruszeń prawdopodobnie nie doszłoby, gdyby zamawiający prawidłowo zrealizował swój obowiązek wynikający z art. 74 ust. 2 pkt 1 Pzp i zadośćuczynił jego żądaniu udostępnienia wyjaśnień Petro-Serwis A. C. z dnia 13 marca 2023 r., stanowiących część oferty. Odwołujący zauważył, że zgodnie z art. 74 ust. 2 pkt 1 Pzp, oferty wraz z załącznikami są udostępniane niezwłocznie po otwarciu ofert.

Odwołujący podniósł, że gdyby zamawiający udostępnił mu treść wyjaśnień Petro-Serwis A. C.z dnia 13 marca 2023 r., cała argumentacja zawarta w niniejszym odwołaniu zostałaby zamawiającemu przekazana do dnia 23 marca 2023 r., więc nie popełniłby on błędu w wezwaniu (ewentualnie uzupełniłby je), ani nie wybrał oferty zawierającej rażąco niskiej ceny. Odwołujący wyjaśnił przy tym, że oczywiście nie skarży czynności odmowy udostępnienia całości oferty, z uwagi na upływ czasu.

Przystąpienie do postępowania odwoławczego po stronie zamawiającego zgłosił wykonawca A. C. prowadzący działalność gospodarczą pod nazwą PETRO-SERWIS A. C. z siedzibą w Sławnie.

Na podstawie dokumentacji przedmiotowego postępowania oraz biorąc pod uwagę stanowiska stron i uczestnika postępowania odwoławczego, Izba ustaliła i zważyła, co następuje:

Izba doszła do przekonania, że nie została wypełniona żadna z przesłanek skutkujących odrzuceniem odwołania na podstawie art. 528 Pzp i skierowała odwołanie na rozprawę.

Izba uznała, że odwołujący wykazał, że posiada interes w uzyskaniu zamówienia oraz może ponieść szkodę w wyniku naruszenia przez zamawiającego przepisów ustawy, czym wypełnił materialnoprawne przesłanki dopuszczalności odwołania, o których mowa w art. 505 ust. 1 Pzp.

Wobec spełnienia przesłanek określonych w art. 525 Pzp, Izba stwierdziła skuteczność zgłoszonego przystąpienia przez wykonawcę A. C. prowadzącego działalność gospodarczą pod nazwą PETRO-SERWIS A. C. z siedzibą w Sławnie (zwanego dalej: „przystępującym"), do udziału w postępowaniu odwoławczym po stronie zamawiającego. W związku z tym ww. wykonawca stał się uczestnikiem postępowania odwoławczego.

Izba zaliczyła na poczet materiału dowodowego:

1) dokumentację przekazaną w postaci elektronicznej, zapisaną na płycie CD, przesłaną do akt sprawy przez zamawiającego w dniu 30 marca 2023 r., w tym w szczególności:

- specyfikację warunków zamówienia (zwaną dalej jako: „SWZ") wraz z załącznikami;

- ofertę złożoną przez przystępującego;

- wezwanie do wyjaśnień rażąco niskiej ceny z dnia 8 marca 2023 r. skierowane do przystępującego;

- wyjaśnienia złożone przez przystępującego pismem z dnia 13 marca 2023 r. w odpowiedzi na powyższe wezwanie;

- zawiadomienie o wyborze najkorzystniejszej oferty w postępowaniu z dnia 23 marca 2023 r.

Izba ustaliła co następuje

Postępowanie zostało podzielone na dwie części (zadania):

1) zadanie I – Przygotowanie zbiorników magazynowych i urządzeń filtracyjnych do badań dozorowych;

2) zadanie II – Przygotowanie cystern paliwowych do badań dozorowych.

Zamawiający pismem z dnia 8 marca 2023 r. wezwał przystępującego na podstawie na podstawie art. 224 ust. 2 pkt 1 Pzp do wyjaśnień dotyczących ceny oferty. W treści wezwania zamawiający wskazał m. in.:

Zgodnie z brzmieniem art. 224 ust. 2 pkt. 1) Pzp Zamawiający zawraca się o wyjaśnienie elementów dotyczących ceny jeżeli wartość oferty jest niższa o co najmniej 30% od wartości zamówienia powiększonej o należny podatek od towarów i usług, ustalonej przed wszczęciem postępowania lub średniej arytmetycznej wszystkich złożonych ofert.

W toku badania i oceny ofert Zamawiający stwierdził, ze zaoferowana cena za realizację przedmiotu zamówienia w zakresie:

ZADANIA I wynosząca 52 398,00 zł brutto:

1) jest niższa o 40,38% od wartości zamówienia powiększonej o należny podatek od towarów i usług, oraz

2) jest niższa o 51,40% od średniej arytmetycznej wszystkich złożonych ofert oraz

ZADANIA II wynosząca 34 317,00 zł brutto, jest niższa o 46,14% od średniej arytmetycznej wszystkich złożonych ofert.

Stąd też, zdaniem Zamawiającego zachodzą przesłanki do twierdzenia, że cena zawarta w ofercie Wykonawcy może być ceną rażąco niską. Zważywszy przede wszystkim na cel art. 226 ust. 1 pkt 8 ustawy Pzp jakim jest odrzucenie oferty z rażąco niską ceną, którą należy uznać za ofertę z ceną niewiarygodną, nierealistyczną w porównaniu do cen rynkowych podobnych zamówień. Oznacza to cenę odbiegającą od cen przyjętych, wskazującą na fakt wykonania zamówienia poniżej kosztów wytworzenia przedmiotu zamówienia – usługi. Przyczyną oferowania takiej ceny może być albo świadome działanie wykonawcy, albo nierzetelność przyjętej przez wykonawcę kalkulacji grożącej niewykonaniem lub nienależytym wykonaniem umowy w sprawie zamówienia.

Zamawiający nie chcąc się narazić na zarzut wyboru oferty najkorzystniejszej zawierającej rażąco niską cenę na podstawie art. 224 ust. 1 wzywa Wykonawcę do złożenia szczegółowych wyjaśnień i dowodów dotyczących elementów oferty m.in. kosztów zatrudnienia pracowników, koszty zakupu materiałów, czy sprzętu w tym eksplantacji, kosztów pośrednich, czy zysku mających wpływ na wysokość ceny za realizację zamówienia publicznego.

Przystępujący złożył wyjaśnienia pismem z dnia 13 marca 2023 r. W treści wyjaśnień przystępującą zawarł zestawienia cenowe dla obu zadań mające charakter szczegółowych kalkulacji zawierających koszty transportu, koszty pracy, materiałów, utylizacji odpadów, koszty noclegów, koszty pośrednie. Ponadto na ostatniej stronie wyjaśnień przystępujący zawarł informację dotyczące zysku.

W dniu 23 marca 2023 r. zamawiający dokonał wyboru najkorzystniejszej oferty w postępowaniu w zakresie obu zadań. Jako najkorzystniejsza w obu częściach została wybrana oferta przystępującego. Oferta odwołującego została sklasyfikowana na drugiej pozycji w rankingu.

Treść przepisów dotyczących zarzutów:

- art. 226 ust. 1 pkt 8 Pzp – Zamawiający odrzuca ofertę, jeżeli zawiera rażąco niską cenę lub koszt w stosunku do przedmiotu zamówienia;

- art. 224 ust. 4, 5 i 6 Pzp – 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.

Izba zważyła co następuje.

Biorąc pod uwagę zgromadzony w sprawie materiał dowodowy oraz stanowiska stron i uczestnika postępowania odwoławczego Izba uznała, że odwołanie nie zasługiwało na uwzględnienie.

W pierwszej kolejności skład orzekający odniósł się do zarzutu podstawowego, oznaczonego w odwołaniu jako zarzut 1, który koncentrował się na naruszeniu art. 226 ust. 1 pkt 8 Pzp. W związku z tym zarzutem decydujące znaczenie miały wezwanie z dnia 8 marca 2023 r. dotyczące konieczności złożenia przez przystępującego wyjaśnień w zakresie rażąco niskiej ceny oraz wyjaśnienia z dnia 13 marca 2023 r. udzielone przez przystępującego w odpowiedzi na powyższe wezwanie. Po analizie obu przedmiotowych dokumentów Izba doszła do przekonania, że zarzut 1 nie mógł znaleźć potwierdzenia. Po pierwsze w ocenie składu orzekającego wezwanie z dnia 8 marca 2023 r. należało uznać za bardzo ogólnikowe. W swoim merytorycznym zakresie odnosiło się ono do hasłowo zasygnalizowanych określeń dotyczących elementów oferty tj. kosztów zatrudnienia pracowników, kosztów zakupu materiałów, czy sprzętu w tym eksplantacji, kosztów pośrednich czy zysku, mających wpływ na wysokość ceny za realizację zamówienia publicznego. Zgodnie z utrwalonym orzecznictwem Izby ogólnikowe wezwanie czy też wezwanie sporządzone na dużym poziomie ogólności należy traktować jako przyznanie szerokiego zakresu swobody wezwanemu wykonawcy w przedstawianiu wyjaśnień. Oczywiście nie oznacza to, że

wykonawca może złożyć jakiekolwiek wyjaśnienia, które następnie zostaną bezrefleksyjnie zakwalifikowane jako wystarczające, ponieważ swobodę o której mowa powyżej należy interpretować jako możliwość zastosowania przez wykonawcę takiego sposobu argumentacji, który w jego ocenie w danej sytuacji jest wystarczający zarówno co do poziomu szczegółowości oraz środków dowodowych. Tak sporządzone wyjaśnienia powinny być przedmiotem oceny przez zamawiającego w zakresie wyznaczonym w wezwaniu. Izba stwierdziła, że wyjaśnienia złożone przez przystępującego były adekwatne do treści wezwania, co przełożyło się na uznanie niezasadności zarzutu 1.

Po drugie skład orzekający uznał, że wszystkie argumenty podniesione przez odwołującego okazały się chybione. Pierwszy argument odnosił się do tego, że przystępujący nie złożył żadnych dowodów potwierdzających prawdziwość kwot wskazanych w przedstawionych kalkulacjach. Mając na uwadze powyżej poczynione rozważania dotyczące ogólnikowości wezwania i wynikającej z tego swobody wykonawcy w zakresie składanych wyjaśnień, Izba stwierdziła, że kalkulacje zawarte w treści wyjaśnień można było potraktować jako dowody na poparcie twierdzenia, że cena oferty przystępującego nie była rażąco niska. Kalkulacje te zostały sporządzone odrębnie dla każdego zadania i obejmowały koszty transportu, koszty pracy, materiałów, utylizacji odpadów, koszty noclegów, koszty pośrednie. Co prawda ww. kalkulacje były dokumentami wytworzonymi przez przystępującego, niemniej powyższe nie przesądziło o tym, że pozbawione był one mocy dowodowej. Kalkulacje te bowiem jak każdy dowód podlegały ocenie. Zdaniem Izby analiza treści tych kalkulacji potwierdziła, że zamawiający słusznie uznał, iż oferta przystępującego nie podlegała odrzuceniu jako zawierająca rażąco niską cenę.

Drugi argument odnosił się do tego, że przystępujący nie podał w wyjaśnieniach żadnej konkretnej informacji o liczbie pracowników, którymi będzie posiłkował się przy wykonywaniu zamówienia. Skład orzekający doszedł do przekonania, że z treści wyjaśnień można było ustalić ile osób przystępujący wskazał do realizacji usługi. Potwierdził to z resztą sam odwołujący, który w pkt 8 odwołania wskazał iloma osobami przystępujący będzie wykonywał zamówienie (dwóch pracujących tj. „pracujący szef" i jego pracownik). Informacje te odwołujący mógł zaczerpnąć tylko z wyjaśnień, zatem nie można było stwierdzić, że przystępujący w wyjaśnieniach rażąco niskiej ceny nie podał liczby pracowników, którymi będzie posiłkował się przy wykonywaniu zamówienia.

Trzeci argument dotyczył kosztów dojazdu, a dokładniej rzecz ujmując pozycji obu kalkulacji określonych w kolumnie pod nazwą koszty transportu. W tym zakresie odwołujący zwracał uwagę na nierzetelność i nielogiczność wskazanych przez przystępującego kosztów transportu, szczególnie odnosząc się do odległości pomiędzy siedzibą przystępującego, a poszczególnymi lokalizacjami, pod którymi znajdują się konkretne zbiorniki i cysterny.

W ocenie składu orzekającego stanowisko odwołującego w tym zakresie okazało się niezasadne z uwagi na to, że:

- zamawiający w wezwaniu w ogóle nie zwrócił się żądaniem wyjaśnienia kosztów transportu czy też dojazdu związku z tym należało uznać, że koszt ten był dla zamawiającego nieistotny;

- odwołujący zwrócił uwagę tylko na pojedyncze pozycje w ramach tego kosztu i w żaden sposób nie wykazał istotności tego wydatku w kontekście całego zamówienia;

- odwołujący przedstawił swoje stanowisko w zakresie tego rodzaju kosztów dość jednowymiarowo, wskazując na kwestię odległości, natomiast przy analizie sporządzonych przez przystępującego kalkulacji należało wziąć pod uwagę inne okoliczności wynikające z ich treści takie jak nakład roboczogodzin przeznaczonych na wykonanie usługi w danej lokalizacji czy ilość sprzętu. Po uwzględnieniu tych okoliczności nie można było przesądzić, że ta pozycja kosztowa została określona nierzetelnie lub nielogicznie.

Czwarty argument odnosił się do kosztów podanych w kolumnie oznaczonej w kalkulacjach jako – koszty pośrednie, materiały, utylizacja odpadów, noclegi. W ramach przedmiotowego argumentu stanowisko odwołującego sprowadzało się do ogólnej konstatacji wskazującej, że ww. koszty zostały przez przystępującego znacznie zaniżone. Dodatkowo odwołujący zwrócił uwagę na straty wykonawcy (dotyczące paliwa) jakie poniesie on w związku z przeprowadzeniem prób szczelności, co przekładało się na stwierdzenie, że przystępujący nie uwzględnił tych start w swoich wyjaśnieniach. W odniesieniu do tego argumentu w pierwszej kolejności należało się odnieść do treści wezwania z dnia 8 marca 2023 r. Zamawiający w treści przedmiotowego wezwania wskazał co prawda na koszty zakupu materiałów oraz koszty pośrednie, ale nie wymagał wyodrębnienia czy też określenia tych kosztów. Przystępujący zawarł w kalkulacjach pozycję odnoszącą się do m. in. kosztów pośrednich i materiałów, przez co zastosował się do treści wezwania. Ponadto jeśli

chodzi próby szczelności to zgodnie z opisem przedmiotu zamówienia wchodziły one w zakres prac przewidzianych wyłącznie dla zadania II. Przy czym zamawiający nie określił w dokumentacji postępowania, że to wykonawca ma zapewnić paliwo do przeprowadzenia prób szczelności, a podczas rozprawy zamawiający kategorycznie stwierdził, że paliwo używane w związku z tymi próbami jest własnością zamawiającego. W związku z tym straty jakie są ponoszone w związku z tymi próbami, są stratami zamawiającego. Izba nie znalazła powodów do zakwestionowania stanowisko zamawiającego, co oznaczało, że przedmiotowy argument zupełnie utracił rację bytu.

Ostatni argument dotyczył zysku. W tym zakresie odwołujący powoływał się na zupełnie nieskonkretyzowane wątpliwości dotyczące wysokości wskazanego przez przystępującego zysku, podnosząc również, że może dojść do sytuacji, w której zysk przewidziany przez

przystępującego nie będzie wystarczający dla pokrycia kosztów realizacji usługi. W swojej argumentacji odwołujący pozostał zupełnie gołosłowny. Przystępujący w wyjaśnieniach wyraźnie podał przewidywany zysk, określając go na kwotę 15 000,00 zł, natomiast odwołujący w żaden sposób nie podważył określonego przez przystępującego zysku, zatem również ten argument odwołującego nie znalazł potwierdzenia.

Tym samym Izba oddaliła zarzut 1, który dotyczył naruszenia art. 226 ust. 1 pkt 8 w zw. z art. 224 ust. 5 i 6 Pzp.

Zarzut oznaczony w odwołaniu jako zarzut 2, zgodnie ze stanowiskiem odwołującego miał charakter ewentualny. W związku z przedmiotowym zarzutem Izba stwierdziła, że stosownie do treści art. 224 ust. 4 Pzp 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. Zgodnie z powyższym w przypadku zamówień na roboty budowlane lub usługi zamawiający jest obowiązany żądać wyjaśnień co najmniej w zakresie 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 o minimalnym wynagrodzeniu za pracę lub przepisów odrębnych właściwych dla spraw, z którymi związane jest realizowane zamówienie oraz zgodności z przepisami z zakresu prawa pracy i zabezpieczenia społecznego, obowiązującymi w miejscu, w którym realizowane jest zamówienie. Przepis ma charakter obligatoryjny, co oznacza, że w przypadku podejrzenia rażąco niskiej ceny lub kosztu w postępowaniu o udzielenie zamówienia na roboty budowlane lub usługi zamawiający musi wezwać wykonawcę do złożenia wyjaśnień co do wskazanych czynników cenotwórczych. Przedmiotowe postępowanie zostało zakwalifikowane przez zamawiającego rodzajowo jako usługi, co oznaczało, że skoro zamawiający zdecydował się wezwać przystępującego do wyjaśnień w zakresie rażąco niskiej ceny to powinien zakreślić żądanie co najmniej do okoliczności wskazanych w art. 224 ust. 3 pkt 4 i 6 Pzp. Tymczasem zamawiający w treści wezwania nie zacytował art. 224 ust. 3 pkt 4 i 6 Pzp, ani nie wskazał nawet na te przepisy, jednakże użył sformułowania odwołującego się do kosztów zatrudnienia pracowników. Skład orzekający uznał, że użyte przez przystępującego sformułowanie odpowiadało w ogólności dyspozycji art. 224 ust. 3 pkt 4 i 6 Pzp, niemniej nie można było uznać, że zamawiający wykonał perfekcyjnie obowiązek określony w art. 224 ust. 4 Pzp, ponieważ powinien był odnieść się do art. 224 ust. 3 pkt 4 i 6 Pzp lub przynajmniej odwołać się do jednostek redakcyjnych ww. przepisów. Tym samym zamawiający uchybił treści art. 224 ust. 4 Pzp, jednakże okoliczność ta pozostawała bez wpływu na wynik postępowania, ponieważ przystępujący złożył wyjaśnienia oraz dowody (wskazane w treści wyjaśnień kalkulacje), które odnosiły się do zakresu określonego w art.

224 ust. 3 pkt 4 i 6 Pzp. Skład orzekający uznał, że przystępujący podał w wyjaśnieniach okoliczności, które pozwoliły zamawiającemu ocenić ofertę odwołującego także przez pryzmat ww. przepisów. Tymi okolicznościami były przede wszystkim: określenie liczby osób mających realizować zamówienie, wyjaśnienia związane z wykonaniem usługi osobiście przez właściciela oraz podana stawka roboczogodziny w wysokości 150 zł netto. W konkluzji skład orzekający stwierdził, że zarzut ewentualny również podlegał oddaleniu.

W związku z powyższym Izba uznała, że odwołanie podlegało oddaleniu i na podstawie art. 553 zdanie pierwsze Pzp orzekła jak w sentencji.

O kosztach postępowania odwoławczego orzeczono stosownie do jego wyniku, na podstawie art. 557 i 575 Pzp oraz § 5 pkt 1 w zw. z § 8 ust. 2 pkt 1 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), zaliczając na poczet przedmiotowego postępowania odwoławczego koszt wpisu od odwołania uiszczony przez odwołującego.

Przewodniczący: ……