Sygn. akt: KIO 3247/24

WYROK

Warszawa, 27 września 2024 r.

Krajowa Izba Odwoławcza – w składzie:

Przewodnicząca: Beata Pakulska-Banach

Mateusz Paczkowski

Michał Pawłowski

Protokolantka: Klaudia Kwadrans

po rozpoznaniu odwołania wniesionego do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej 6 września 2024 r. przez wykonawcę FBSerwis S.A. z siedzibą w Warszawie w postępowaniu prowadzonym przez Generalną Dyrekcję Dróg Krajowych i Autostrad Oddział w Białymstoku

uczestnik po stronie zamawiającego - wykonawca Przedsiębiorstwo Wielobranżowe „TRAMAD-ELBLĄG" sp. z o.o. z siedzibą w Elblągu

orzeka:

1. Uwzględnia odwołanie i nakazuje zamawiającemu: unieważnienie czynności wyboru najkorzystniejszej oferty w częściach: I, II, III, IV, V i VI oraz powtórzenie czynności badania i oceny ofert w tych częściach zamówienia, w tym odrzucenie oferty wykonawcy Przedsiębiorstwa Wielobranżowego „TRAMAD-ELBLĄG" sp. z o.o. z siedzibą w Elblągu na podstawie art. 226 ust. 1 pkt 8 w zw. z art. 224 ust. 6 ustawy Prawo zamówień publicznych. 2. Kosztami postępowania obciąża zamawiającego - Generalną Dyrekcję Dróg Krajowych i Autostrad Oddział w Białymstoku i:

2.1. zalicza w poczet kosztów postępowania odwoławczego kwotę 15 000 zł 00 gr

(słownie: piętnaście tysięcy złotych zero groszy), uiszczoną przez wykonawcę FBSerwis S.A. z siedzibą w Warszawie tytułem wpisu od odwołania;

2.2. zasądza od zamawiającego - Generalnej Dyrekcji Dróg Krajowych i Autostrad Oddział w Białymstoku na rzecz wykonawcy FBSerwis S.A. z siedzibą w Warszawie kwotę 18 600 zł 00 gr (słownie: osiemnaście tysięcy sześćset złotych zero groszy), tytułem zwrotu kosztów postępowania odwoławczego poniesionych przez odwołującego w związku z uiszczonym wpisem od odwołania oraz wynagrodzeniem pełnomocnika.

Na orzeczenie - w terminie 14 dni od dnia jego doręczenia - przysługuje skarga za pośrednictwem Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej do Sądu Okręgowego w Warszawie -Sądu Zamówień Publicznych.

Przewodnicząca: ……..

Sygn. akt: KIO 3247/24

UZASADNIENIE

Generalna Dyrekcja Dróg Krajowych i Autostrad Oddział w Białymstoku, dalej jako: „zamawiający", prowadzi postępowanie o udzielenie zamówienia publicznego w trybie przetargu nieograniczonego na podstawie przepisów ustawy z 11 września 2019 roku Prawo zamówień publicznych, zwanej dalej „ustawą Pzp", na realizację zadania pn.: „Dostawa soli drogowej (NaCl) do zwalczania śliskości zimowej na nawierzchniach dróg w latach 2024 – 2025 w podziale na 6 części", numer referencyjny: O/BI.D-3.2421.11.2024.

Ogłoszenie o zamówieniu zostało opublikowane w Dzienniku Urzędowym Unii Europejskiej 25.03.2024 r., numer: 178460-2024 (numer wydania: Dz. U. S: 60/2024). Wartość zamówienia przekracza progi unijne, określone w przepisach wydanych na podstawie art. 3 ust. 3 ustawy Pzp.

6.09.2024 r. wykonawca FBSerwis S.A. z siedzibą w Warszawie, zwany dalej: „odwołującym", wniósł odwołanie wobec wyboru oferty złożonej przez Przedsiębiorstwo Wielobranżowe „TRAMAD-ELBLĄG" sp. z o.o. z siedzibą w Elblągu, dalej: „TRAMAD", jako oferty najkorzystniejszej w Postępowaniu w zakresie wszystkich zadań, a także wobec zaniechania odrzucenia oferty TRAMAD.

Odwołujący zarzucił zamawiającemu naruszenie art. 224 ust. 6 ustawy Pzp oraz art. 226 ust. 1 pkt 8 ustawy Pzp w zw. z art. 224 ust. 5 ustawy Pzp przez zaniechanie odrzucenia oferty złożonej przez TRAMAD, pomimo iż:

a. wykonawca ten, wezwany do złożenia wyjaśnień dotyczących wyliczenia ceny, złożył wyjaśnienia nierzetelne,

nie uzasadniające podanej w ofercie ceny, gdyż:

i. podjął próbę wyjaśnienia ceny wyłącznie za pomocą ogólnikowych twierdzeń o posiadanym potencjalne, w tym sprzęcie, infrastrukturze (magazynach) i zasobach magazynowych soli oraz o doświadczeniu (w tym we współpracy z zamawiającym), bez jakiegokolwiek odniesienia się do:

1. wpływu wskazanych w wyjaśnieniach zasobów na wysokość ceny ofertowej,

2. sposobu wyliczenia ceny ofertowej,

3. kosztów, jakie będzie ponosił w związku z realizacją zamówienia (w szczególności kosztów związanych z zakupem/importem soli, kosztów magazynowania soli, kosztów jej transportu i rozładunku),

4. wskazania podstawy dla przyjęcia takiej, a nie innej ceny ofertowej w zakresie każdego z zadań,

5. przedstawienia merytorycznego materiału wystarczającego do sformułowania oceny zaoferowanej w ofercie kwoty,

ii. nie przedstawił żadnej, nawet najbardziej ogólnej kalkulacji ceny,

iii. nie przedstawił żadnych założeń sposobu realizacji przedmiotu zamówienia (poza ogólnym wskazaniem, że przedmiot zamówienia wykona samodzielnie),

iv. nie przedstawił żadnych dowodów dokumentujących prawidłowość wyliczenia ceny oraz kosztów,

co również oznacza, że wykonawca TRAMAD:

i. nie sprostał ciążącemu na nim na mocy art. 224 ust. 5 ustawy Pzp obowiązkowi wykazania, że jego oferta nie zawiera rażąco niskiej ceny i nie obalił domniemania rażąco niskiej ceny, ii. nie wykazał, że jego oferta nie zawiera ceny rażąco niskiej,

iii. w istocie nie złożył żadnych wyjaśnień dotyczących wyliczenia ceny ofertowej, bowiem istotą procedury wyjaśniania ceny nie jest złożenie jakichkolwiek wyjaśnień, lecz wyjaśnień wykazujących właśnie sposób wyliczenia ceny.

W oparciu o powyższe odwołujący wnosił o:

1. uwzględnienie odwołania w całości,

2. nakazanie zamawiającemu unieważnienia czynności wyboru oferty najkorzystniejszej w zakresie wszystkich części zamówienia,

3. nakazanie zamawiającemu odrzucenia oferty złożonej przez TRAMAD, a ponadto o:

4. zasądzenie na rzecz odwołującego kosztów postępowania według norm przepisanych, w tym kosztów zastępstwa.

W uzasadnieniu odwołania odwołujący podnosił, że ocena wyjaśnień złożonych przez TRAMAD w odpowiedzi na wezwanie zamawiającego do wyjaśnienia sposobu wyliczenia ceny nie pozostawia żadnych wątpliwości, że wykonawca ten nawet nie podjął próby wyjaśnienia, w jaki sposób wysokość ceny wyliczył. Według odwołującego, żadna z informacji zawartych w wyjaśnieniach nie odnosi się chociażby pośrednio do tego, jak cena ofertowa została ustalona. Nie wiadomo, jakie koszty TRAMAD uwzględnił w swojej wycenie, ani tym bardziej, jaką przyjął wysokość tychże kosztów. Nie wskazano w wyjaśnieniach żadnych danych kwotowych stanowiących podstawę ustalenia ceny, brak jest jakichkolwiek kalkulacji, zestawień czy nawet najprostszych działań matematycznych. Odwołujący wskazywał, że całość wyjaśnień opiera się w istocie na ogólnych zapewnieniach wykonawcy TRAMAD, iż posiada on zasoby do wykonania zamówienia (tj. pojazdy transportowe, ładowarki i magazyny oraz sól importowaną z czterech bliżej niesprecyzowanych kopalni (podano jedynie państwa, w których owe kopalnie miałyby być zlokalizowane), posiada wieloletnie doświadczenie, a w innych postępowaniach inni wykonawcy oferowali ceny niższe.

Odwołujący podkreślił, że sól drogowa, którą wykonawca będzie zobowiązany dostarczyć – niezależnie od źródła, z którego była lub będzie w toku przedmiotu zamówienia

zakupywana (importowana), musi czy musiała mieć określoną cenę, generując określony koszt po stronie TRAMAD. Dodatkowo znaczne koszty musiał wygenerować transport soli do wskazanych przez wykonawcę magazynów w Elblągu (czy do nowobudowanych magazynów na obszarze województwa podlaskiego). Odwołujący zauważył też, że Kopalnia Soli Kłodawa S.A. złożyła w Postępowaniu własną ofertę, znacznie droższą od oferty TRAMAD (aż o 30%) – a zatem – w jego ocenie - jest wysoce nieprawdopodobne, aby jednocześnie spółka ta zaoferowała wykonawcy TRAMAD własną sól za cenę wyraźnie niższą aniżeli ta, którą sama zaproponowała w tym Postępowaniu.

Odwołujący stwierdził także, że dalsze koszty logistyczne generuje konieczność magazynowania soli (w tym załadunku i rozładunku) oraz transportu soli z magazynów wykonawcy do wskazanych w dokumentach zamówienia magazynów zamawiającego. Odwołujący zwrócił również uwagę na konieczność uwzględnienia kosztów amortyzacji sprzętu

(pojazdów i ładowarek) oraz nieruchomości, na których sól jest przechowywana, kosztów utrzymania magazynów, serwisu i ubezpieczenia pojazdów oraz wynagrodzeń wypłacanych pracownikom (operatorom sprzętu czy kierowcom), a także uwzględnienia należności o charakterze publicznoprawnym (takich jak podatek od nieruchomości czy cła).

Odwołujący stwierdził, że próżno szukać w przedstawionych wyjaśnieniach informacji, z których wynikałoby, dlaczego wykonawca przyjął do swojej wyceny akurat cenę złożoną w postępowaniu. Na podstawie przekazanych informacji nie sposób jest ustalić ani ocenić w jakimkolwiek zakresie, czy zaproponowana przez TRAMAD cena, kształtująca się na poziomie 333 zł za 1 Mg soli, pozwoli na prawidłowe wykonanie zamówienia, tj. czy przychody wynikające z należytego wykonania zamówienia mogłyby pozwolić na pokrycie kosztów związanych z pozyskaniem i dostawą soli do magazynów zamawiającego.

Odwołujący zauważył również, że zawarte w wyjaśnieniach ogólne twierdzenia dotyczące posiadanego doświadczenia, magazynów, pojazdów i ładowarek, czy faktu importowania soli pochodzącej z kopalni położonych na terenie różnych Państw (w tym dwóch znajdujących się poza Unią Europejską) nie wnoszą niczego istotnego w kontekście wyliczenia ceny. Nie dają one żadnych podstaw do weryfikacji, czy zaoferowana przez TRAMAD cena umożliwia osiągnięcie dodatniego wyniku finansowego w razie udzielenia temu wykonawcy zamówienia, czy też spowoduje po jego stronie wyłącznie stratę. Do wyjaśnień nie zostały dołączone również dowody, które potwierdzałyby prawidłowość tego wyliczenia.

Odwołujący podkreślił również, że jakkolwiek zamawiający w wezwaniu nie określił dokładnie sposobu, w jaki cena powinna zostać wyliczona (nie dookreślił, jakie wyliczenia czy kalkulacje TRAMAD powinien przedstawić w odpowiedzi na wezwanie), to jednak

zastrzegł wyraźnie, że: „Przedstawione przez Wykonawcę wyjaśnienia muszą być merytoryczne, a Wykonawca musi dostarczyć wystarczający materiał do sformułowania przez Zamawiającego oceny zaoferowanej w ofercie kwoty, za którą Wykonawca ma zamiar wykonać przedmiot zamówienia. Dlatego prosimy o przesłanie wszelkich informacji oraz dowodów, które uznacie Państwo za istotne, na temat sposobu obliczenia przez Państwa ceny zamówienia.”. Zamawiający wskazał, że żąda wyjaśnień, w tym złożenia dowodów, w zakresie wyliczenia czy obliczenia ceny (a nie jakichkolwiek wyjaśnień). Powołał przy tym wyraźnie podstawy prawne wezwania (art. 224 ust. 1 oraz ust. 2 pkt 1 ustawy Pzp) oraz uprzedził wezwanego wykonawcę, że to właśnie na nim spoczywa obowiązek wykazania, że oferta nie zawiera rażąco niskiej ceny. Tym samym, wykonawca TRAMAD nie mógł mieć najmniejszych wątpliwości, czego dotyczyło wezwanie zamawiającego i jaki był cel jego wystosowania. Zdaniem odwołującego, nawet oceniając obowiązek wyjaśnienia ceny w ujęciu skrajnie minimalistycznym, należałoby przyjąć, że TRAMAD winien był przedstawić zamawiającemu co najmniej określone kwoty czy poziomy kosztów (wyrażone liczbowo), jakie dla kalkulacji ceny ofertowej ustalił i w oparciu o które cenę ofertową obliczył.

W ocenie odwołującego, TRAMAD nie przedstawił żadnych wyjaśnień dotyczących wyliczenia ceny, a jedynie wskazał na posiadany potencjał. Nie zrealizował jednak zasadniczego celu wyjaśnień, tj. nie wykazał sposobu wyliczenia ceny. Odwołujący wskazywał też, że niezależnie od poziomu szczegółowości wezwania wystosowanego przez zamawiającego odpowiedź wykonawcy (wyjaśnienia) powinna odnosić się do przedstawienia sposobu wyliczenia ceny, tj. uwzględnienia w niej kosztów, które będą ponoszone przy realizacji zamówienia. Jakkolwiek w przypadku wystosowania wezwania o charakterze ogólnym można dyskutować o tym, jak szczegółowo powinien wykonawca przedstawić wyliczenia ceny (na jakim poziomie szczegółowości przedstawiać i wykazywać środkami dowodowymi wysokość zakładanych kosztów realizacji zamówienia), to jednak ów ogólny charakter wezwania nie może w żadnym przypadku usprawiedliwiać całkowitego braku przedstawienia jakichkolwiek informacji odnośnie do wyliczenia ceny (a taka właśnie sytuacja – według odwołującego - miała miejsce na gruncie niniejszego Postępowania).

Ponadto, odwołujący z ostrożności wskazywał, że wobec braku przedstawienia przez TRAMAD jakichkolwiek danych dotyczących kalkulacji ceny ofertowej, ponoszonych kosztów czy konkretnych założeń dotyczących wysokości ww. kosztów, nie ma on możliwości odniesienia się do merytorycznej poprawności wyliczenia ceny przez TRAMAD – podobnie jak sam zamawiający nie miał możliwości faktycznego zweryfikowania prawidłowości wyliczenia ceny.

W oparciu o powyższe odwołujący wnosił o uwzględnienie odwołania.

Krajowa Izba Odwoławcza ustaliła co następuje:

Przedmiotem zamówienia jest dostawa 35 000 Mg soli drogowej (NaCl) i do zwalczania śliskości zimowej na nawierzchniach dróg w latach 2024 – 2025 dla Rejonu w Augustowie, Białymstoku, Bielsku Podlaskim, Łomży, Suwałkach i Rejon w Zambrowie, w podziale na następujące części:

- Część I: Dostawa 3000 Mg soli drogowej (NaCl) do zwalczania śliskości zimowej

na nawierzchniach dróg w latach 2024 – 2025 dla Rejonu w Augustowie.

- Część II: Dostawa 7600 Mg soli drogowej (NaCl) do zwalczania śliskości zimowej

na nawierzchniach dróg w latach 2024 – 2025 dla Rejonu w Białymstoku.

- Część III: Dostawa 3000 Mg soli drogowej (NaCl) do zwalczania śliskości zimowej na nawierzchniach dróg w latach 2024 – 2025 dla Rejonu w Bielsku Podlaskim.

- Część IV: Dostawa 8000 Mg soli drogowej (NaCl) do zwalczania śliskości zimowej na nawierzchniach dróg w latach 2024 – 2025 dla Rejonu w Łomży.

- Część V: Dostawa 7100 Mg soli drogowej (NaCl) do zwalczania śliskości zimowej na nawierzchniach dróg w latach 2024 – 2025 dla Rejonu w Suwałkach.

- Część VI: Dostawa 6 300 Mg soli drogowej (NaCl) do zwalczania śliskości zimowej na nawierzchniach dróg w latach 2024 – 2025 dla Rejonu w Zambrowie.

Wartość zamówień z podziałem na części – zgodnie z protokołem postępowania -wynosi: Część I: 1 500 000,00 zł (netto); Część II: 3 800 000,00 zł (netto);

Część III: 1 500 000,00 zł (netto); Część IV: 4 000 000,00 zł (netto); Część V: 3 550 000,00 zł

(netto), Część VI: 3 150 000,00 zł (netto).

Kwota brutto przeznaczona przez zamawiającego na sfinansowanie zamówienia wynosi: Część I: 1 845 000,00 zł; Część II: 4 674 000,00 zł; Część III: 1 845 000,00 zł; Część IV: 4 920 000,00 zł; Część V: 4 366 500,00 zł; Część VI: 3 874 500,00 zł.

W postępowaniu 4 wykonawców złożyło ofertę, na wszystkie części zamówienia, w tym wykonawca TRAMAD, oferując wykonanie przedmiotu zamówienia za cenę brutto: Część I: 1 228 770,00 zł; Część II: 3 112 884,00 zł; Część III: 1 228 770,00 zł; Część IV: 3 276 720,00 zł; Część V: 2 908 089,00 zł; Część VI: 2 580 417,00 zł.

19.07.2024 r. zamawiający wezwał wykonawcę Przedsiębiorstwo Wielobranżowe „TRAMAD-ELBLĄG" sp. z o.o. z siedzibą w Elblągu do złożenia wyjaśnień w trybie art. 224 ust. 1, ust. 2 pkt 1) ustawy Pzp wskazując w treści tego wezwania, że: „w celu ustalenia czy Państwa oferta zawiera rażąco niską cenę w stosunku do przedmiotu zamówienia oraz czy oferta uwzględnia wszystkie wymagania zawarte w SWZ, żąda wyjaśnień, w tym złożenia dowodów w zakresie wyliczenia ceny.

Cena oferty na:

- Część I wynosi 1 228 770,00 zł i jest niższa o 33,4% od wartości zamówienia powiększonej o należny podatek od towarów i usług, ustalonej przed wszczęciem postępowania.

- Część II wynosi 3 112 884,00 zł i jest niższa o 33,4% od wartości zamówienia powiększonej o należny podatek od towarów i usług, ustalonej przed wszczęciem postępowania.

- Część III wynosi 1 228 770,00 zł i jest niższa o 33,4% od wartości zamówienia powiększonej o należny podatek od towarów i usług, ustalonej przed wszczęciem postępowania.

- Część IV wynosi 3 276 720,00 zł i jest niższa o 33,4% od wartości zamówienia powiększonej o należny podatek od towarów i usług, ustalonej przed wszczęciem postępowania.

- Część V wynosi 2 908 089,00 zł i jest niższa o 33,4% od wartości zamówienia powiększonej o należny podatek od towarów i usług, ustalonej przed wszczęciem postępowania.

- Część VI wynosi 2 580 417,00 zł i jest niższa o 33,4% od wartości zamówienia powiększonej o należny podatek od towarów i usług, ustalonej przed wszczęciem postępowania.

Zamawiający prosi o wyjaśnienie:

1) czy Wykonawca uwzględnił, że dostawy do wszystkich części mogą odbywać się w tym samym przedziale czasowym? Prosimy o udowadnianie posiadania potencjału pozwalającego na zabezpieczenia dostaw do wszystkich wskazanych punktów w tym samym przedziale czasowym.

2) czy Wykonawca uwzględnił w ofercie, że w okresie od dnia 01 września do dnia 31 marca, do dyspozycji Zamawiającego będzie musiał utrzymać rezerwę soli drogowej w ilości min. 500 ton każdego dnia na każdą z części zamówienia osobno?

3) czy wykonawca zapewnił miejsce składowania „rezerwy" soli? Prosimy o wskazanie tego miejsca.

Ocena wyjaśnień dokonywana przez Zamawiającego ma na celu ustalenie, czy cena skalkulowana była rzetelnie i czy w związku z tym Wykonawca będzie w stanie zrealizować zamówienie. Przedstawione przez Wykonawcę wyjaśnienia muszą być merytoryczne, a Wykonawca musi dostarczyć wystarczający materiał do sformułowania przez Zamawiającego oceny zaoferowanej w ofercie kwoty, za którą Wykonawca ma zamiar wykonać przedmiot zamówienia. Dlatego prosimy o przesłanie wszelkich informacji oraz dowodów, które uznacie Państwo za istotne, na temat sposobu obliczenia przez Państwa ceny zamówienia.

Ponadto informujemy, iż obowiązek wykazania, że oferta nie zawiera rażąco niskiej ceny spoczywa na Wykonawcy, o czym stanowi art. 224 ust. 5 ustawy Pzp.

Zgodnie z art. 224 ust. 6 ustawy Pzp 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.”.

Pismem z 23.07.2024 r. wykonawca Przedsiębiorstwo Wielobranżowe „TRAMAD-ELBLĄG” sp. z o.o. z siedzibą w Elblągu złożył wyjaśnienia wskazując, że:

„oferowana cena jest jak najbardziej ceną rynkową. Spółka jest bezpośrednim importerem soli drogowej i działa na rynku od 1992r.

Wyjaśnienie na Państwa pytania

Pkt. 1

P.W. TRAMAD-ELBLĄG sp. z o.o. oświadcza, że uwzględniło, że dostawy do wszystkich części mogą odbywać się w tym samym przedziale czasowym. Dostawy zamierzamy wykonać sami bez udziału podwykonawców, własnym sprzętem o dużej wydajności.

Posiadamy 14 pojazdów samowyładowczych o ładowności ok. 27Mg, 2 ładowarki o łyżkach 4,5m z wmontowanymi wagami (w załączeniu Polisa ubezpieczeniowa na potwierdzenie posiadania własnych pojazdów oraz maszyn i ładowarek). Tego typu dostawy realizowaliśmy bez przeszkód w poprzednich umowach.

Firmy konkurencyjne uczestniczące w postępowaniu bazują na usługach firm spedycyjnych.

Pkt. 2

P.W. TRAMA-ELBLĄG oświadcza, że uwzględnił w swojej ofercie, że w okresie od dnia 01 września do dnia 31 marca, do dyspozycji Zamawiającego będzie musiał utrzymać rezerwę soli drogowej w ilości min. 500 ton każdego dnia na każdą z części zamówienia osobno.

Stan magazynu na dzień 01.07.2024r. wynosi 21.755Mg.

Magazyny buforowe o łącznej pojemności 58.000Mg pozwalają na dostawy soli w ilości wielokrotnie przekraczające 500Mg na dobę.

Pkt. 3

P.W. TRAMAD-ELBLĄG oświadcza, że zapewnił miejsce składowania „rezerwy” soli. Posiadamy 2 magazyny soli w Elblągu przy ul. Nowodworskiej 25 o łącznej możliwości składowania 28 tys. Mg.

W chwili obecnej budowane są 2 magazyny soli o łącznej pojemności 30.000Mg. w miejscowości Podkamionka k/Sokółki, planowany termin zakończenia inwestycji to wrzesień 2024r. W przypadku hal magazynowych w m.Podkamionka średni promień dowozu materiału do poszczególnych Rejonów wynosi poniżej 100km (w załączeniu potwierdzenie posiadania magazynów w Elblągu przy ul. Nowodworskiej 25 oraz zezwolenie na budowę 2 hal magazynowych w m.Podkamionka).

Z firm konkurencyjnych jedynie Kopalnia Soli Kłodawa oraz P.W. TRAMAD-ELBLĄG posiadają hale magazynowe pozwalające na składowanie tej wielkości soli.

Spółka TRAMAD-ELBLĄG dostarczała sól do GDDKiA Białystok/DODP Białystok od roku 1992 co potwierdzały wystawione referencje.

W związku z posiadaniem własnego sprzętu o wysokiej wydajności oraz posiadania soli z własnego importu (niezależne 4 Kopalnie soli: Egipt, Hiszpania, Polska, Białoruś) możemy zaoferować ceny jak w postępowaniu.

Pragniemy zauważyć, że część ofert firm konkurencyjnych w innych postępowaniach jest znacznie niższych od naszej oferty np.:

- postępowanie ZDiZ Gdynia najniższa oferta wynosiła 264,00zł + VAT za 1Mg. - postępowanie ZDP Wysokie Mazowieckie najniższa oferta wynosiła 310,00zł + VAT za 1Mg.

W załączeniu:

- informacja z otwarcia ofert,
- polisa ubezpieczenia na pojazdy własności P.W. TRAMAD-ELBLĄG,
- potwierdzenie nr 36/2018 posiadania 2 hal magazynowych w Elblągu ul. Nowodworska 25,
- zezwolenie na budowę 2 hal magazynowych w m.Podkamionka.”.

27.08.2024 r. zamawiający zawiadomił wykonawców biorących udział w postępowaniu o wyborze jako najkorzystniejszej

oferty wykonawcy Przedsiębiorstwa Wielobranżowego „TRAMAD-ELBLĄG” sp. z o.o. z siedzibą w Elblągu w części: I, II, III, IV, V, VI.

Odwołujący wniósł odwołanie wobec powyższej czynności wyboru oferty ww. wykonawcy jako najkorzystniejszej we wszystkich częściach zamówienia oraz wobec zaniechania odrzucenia oferty tego wykonawcy.

25.09.2024 r. zamawiający złożył odpowiedź na odwołanie, w której wnosił o oddalenie odwołania w całości.

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

9.09.2024 r. zamawiający przekazał wykonawcom uczestniczącym w postępowaniu informację o wniesieniu odwołania wraz z wezwaniem do przystąpienia do postępowania odwoławczego.

11.09.2024 r. wykonawca Przedsiębiorstwo Wielobranżowe „TRAMAD-ELBLĄG” sp. z o.o. z siedzibą w Elblągu, zwany dalej: „TRAMAD” lub „uczestnikiem postępowania odwoławczego”, zgłosił przystąpienie do postępowania odwoławczego po stronie

zamawiającego.

Izba stwierdziła, że zgłoszenie przystąpienia ww. wykonawcy jest skuteczne, zgodne z art. 525 ust. 1 i 2 ustawy Pzp.

Izba ustaliła wystąpienie przesłanek z art. 505 ust. 1 ustawy Pzp, tj. istnienie po stronie odwołującego interesu w uzyskaniu zamówienia oraz możliwości poniesienia przez niego szkody z uwagi na kwestionowane czynności zamawiającego.

Izba stwierdziła, że nie została wypełniona żadna z przesłanek ustawowych skutkujących odrzuceniem odwołania, wynikających z art. 528 ustawy Pzp.

Izba uwzględniła odwołanie.

W ocenie Izby potwierdził się zarzut naruszenia art. 224 ust. 6 ustawy Pzp oraz art. 226 ust. 1 pkt 8 ustawy Pzp w zw. z art. 224 ust. 5 ustawy Pzp.

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

Stosownie do art. 224 ust. 1, ust. 2 pkt 1 oraz ust. 5 i ust. 6 ustawy Pzp:

> 1. Jeżeli zaoferowana cena lub koszt, lub ich istotne części składowe, wydają się rażąco niskie w stosunku do przedmiotu zamówienia lub budzą wątpliwości zamawiającego co do możliwości wykonania przedmiotu zamówienia zgodnie z wymaganiami określonymi w dokumentach zamówienia lub wynikającymi z odrębnych przepisów, zamawiający żąda od wykonawcy wyjaśnień, w tym złożenia dowodów w zakresie wyliczenia ceny lub kosztu, lub ich istotnych części składowych.
>
> 2. W przypadku gdy cena całkowita oferty złożonej w terminie jest niższa o co najmniej 30% od: 1) wartości zamówienia powiększonej o należny podatek od towarów i usług, ustalonej przed wszczęciem postępowania lub średniej arytmetycznej cen wszystkich złożonych ofert niepodlegających odrzuceniu na podstawie art. 226 ust. 1 pkt 1 i 10, zamawiający zwraca się o udzielenie wyjaśnień, o których mowa w ust. 1, chyba że rozbieżność wynika z okoliczności oczywistych, które nie wymagają wyjaśnienia;

(…)

> 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.

W tym miejscu warto przywołać pogląd wyrażony w wyroku Krajowej Izby Odwoławczej z 6.03.2024 r., KIO 534/24, że: „gdy zaistnieją przesłanki do wezwania wykonawcy do złożenia 11

wyjaśnień na podstawiePrZamPubl, ustawowym obowiązkiem wykonawcy jest wykazanie, że jego oferta nie zawiera rażąco niskiej ceny. W takiej sytuacji to na wykonawcy spoczywa ciężar dowodu, że zaoferowana cena nie jest rażąco niska. Na powyższe wskazuje wprostPrZamPubl. Mając na uwadze, że złożone wyjaśnienia stanowią podstawę dla Zamawiającego do oceny prawidłowości zaoferowanej ceny, oczywistym jest, że wyjaśnienia te powinny być wyczerpujące, zawierać uzasadnienie zaoferowanej ceny, w tym wskazanie okoliczności wpływających na zaoferowanie takiej a nie innej ceny oraz przede wszystkim potwierdzające jej realny charakter. Niewątpliwie z treściPrZamPubl wynika, że nie tylko nieudzielenie wyjaśnień w wyznaczonym terminie skutkować będzie koniecznością odrzucenia oferty, podstawą do odrzucenia oferty w oparciu o tę przesłankę będzie również sytuacja, gdy złożone wyjaśnienia wraz z dowodami nie uzasadniają podanej w ofercie ceny lub kosztu. W tym miejscu podkreślenia wymaga, że ustawodawca

przesądził, że wyjaśnienia muszą być poparte dowodami, zostawiając jednocześnie wykonawcy swobodę w ich doborze. Oczywiście, w zależności od okoliczności danego stanu faktycznego, niewykluczone będzie, że złożenie samych wyjaśnień będzie wystarczające dla pozytywnej ich oceny, ale może mieć to miejsce w sytuacji szczególnej, gdy same wyjaśnienia są na szczegółowe i rzeczowe i zawierają kluczowe informacje pozwalające na wniosek, że wykonawca wykazał prawidłowość zaoferowanej ceny. Niewątpliwie ocena taka musi być dokonywana z uwzględnieniem okoliczności danej sprawy.

Z kolei w wyroku z 18.06.2024 r., KIO 1804/24 stwierdzono, że: „Jak wskazuje się w orzecznictwie Izby, wyjaśnienia składane w reakcji na wezwanie zamawiającego kierowane w trybie art. 224 Pzp powinny stanowić podstawę oceny przez zamawiającego, czy zaoferowano mu cenę rażąco niską w stosunku do przedmiotu zamówienia, czy też nie. Jak wynika z treści art. 224 ust. 5 ustawy Pzp obowiązek wykazania, że oferta nie zawiera rażąco niskiej ceny lub kosztu spoczywa na wykonawcy. Polski ustawodawca przesądził w przywołanym przepisie, że wykonawca wezwany do złożenia wyjaśnień w trybie art. 224 ustawy Pzp, ma obowiązek udowodnić zamawiającemu, że jego oferta nie zawiera ceny rażąco niskiej. Z przepisu tego wynika zatem domniemanie, że wykonawca wezwany do złożenia wyjaśnień zaoferował cenę rażąco niską. Wyjaśnienia i dowody na ich poparcie, składane przez wykonawcę w odpowiedzi na wezwanie, muszą zaś obalić owo domniemanie. Nie ulega również wątpliwości, że udowodnienie realności ceny powinno nastąpić w toku postępowania o udzielenie zamówienia przed zamawiającym, a nie w toku postępowania odwoławczego przed Izbą. Jeżeli wykonawca ciężaru obalenia domniemania rażąco niskiej ceny w postępowaniu przed zamawiającym nie udźwignie, to jego oferta podlega odrzuceniu. Przepis art. 224 ust. 6 ustawy Pzp stanowi bowiem, że podlega odrzuceniu jako oferta z rażąco

niską cena lub kosztem, oferta wykonawcy, który nie udzielił wyjaśnień w wyznaczonym terminie, lub jeżeli złożone wyjaśnienia wraz z dowodami nie uzasadniają podanej w ofercie ceny lub kosztu.”.

W niniejszej sprawie Izba podzieliła stanowisko odwołującego, że ocena wyjaśnień złożonych przez wykonawcę TRAMAD w zakresie zaoferowanej przez niego ceny (a w zasadzie cen zaoferowanych w ramach poszczególnych części zamówienia), dokonana przez zamawiającego, jest nieprawidłowa. Stwierdzić należy, że wykonawca ten nie złożył w istocie wyjaśnień dotyczących wyliczenia ceny ofertowej.

Zamawiający wezwał wykonawcę TRAMAD do złożenia wyjaśnień w trybie art. 224 ustawy Pzp (art. 224 ust. 1, ust. 2 pkt 1) wskazując, że żąda wyjaśnień, w tym złożenia dowodów w zakresie wyliczenia ceny. Jednocześnie zamawiający w wezwaniu tym zaznaczył, że ocena wyjaśnień ma na celu ustalenie czy cena była skalkulowana rzetelnie i czy w związku z tym wykonawca będzie w stanie zrealizować zamówienie.

Tymczasem wyjaśnienia wykonawcy TRAMAD – jak słusznie zauważył w toku rozprawy odwołujący – nie odnoszą się do zasadniczej części wezwania. W żaden sposób nie wyjaśniają sposobu kalkulacji ceny oferty, nie odnoszą się do wyliczenia ceny.

Wyjaśnienia są lakoniczne, ogólnikowe i nie dają podstaw do dokonania merytorycznej oceny czy zaoferowana cena nie jest rażąco niska.

Wykonawca TRAMAD wprawdzie odpowiedział na wszystkie trzy pytania jakie zamawiający wyszczególnił w treści wezwania i uczynił to – zdaniem Izby -w wystarczającym zakresie. Nie oznacza to jednak, że wykonawca odniósł się w wystarczający sposób do zasadniczej części wezwania. Wykonawca TRAMAD potwierdził jedynie, że:

1) uwzględnił, że dostawy do wszystkich części mogą się odbywać równolegle – w tym samym przedziale czasowym;

2) uwzględnił w swojej ofercie, że będzie musiał utrzymywać rezerwę soli drogowej w ilości minimalnej określonej przez zamawiającego (min. 500 ton każdego dnia na każdą z części zamówienia osobno). Jednocześnie wykonawca wskazał, że na 1.07.2024 r. posiada zasoby soli w magazynie w ilości: 21.755 Mg;

3) zapewnił miejsce składowania „rezerwy” soli.

Tym samym wykonawca TRAMAD potwierdził, że uwzględnił wymagania związane z realizacją zamówienia w ramach wszystkich części zamówienia. Natomiast nie należy tego utożsamiać z zasadniczym celem wezwania, tj. przedstawieniem wyjaśnień w zakresie wyliczenia ceny, które pozwoliłyby na obalenie domniemania rażąco niskiej ceny.

Słusznie też odwołujący kwestionował argumentację przedstawianą przez zamawiającego, że wystarczające jest to, że wykonawca odpowiedział na pytania zawarte w treści wezwania (przy czym zdaniem zamawiającego wystarczyłyby odpowiedzi TAK/NIE), gdyż w ten sposób zamawiający w istocie podważał sens i cel swojego wezwania.

Dalej wskazać należy, że w złożonych wyjaśnieniach, wykonawca TRAMAD powołał się na swój potencjał, wyjaśniając, że posiada własny sprzęt, magazyny buforowe oraz hale magazynowe pozwalające na składowanie znaczących ilości soli, a także sól z własnego importu (4 niezależne kopalnie soli w Egipcie, Hiszpanii, Polsce i Białorusi). Z tego potencjału wywodził on możliwość zaoferowania cen jak w postępowaniu. Są to jednak wyłącznie ogólnikowe zapewnienia wykonawcy, które nie pozwalają na ustalenie czy cena oferty została skalkulowana rzetelnie czy też nie.

Z tych też powodów Izba uznała, że wykonawca TRAMAD nie sprostał obowiązkowi wykazania, że jego oferta nie zawiera rażąco niskiej ceny. Złożone przez niego wyjaśnienia w zasadzie nie pozwalają na ustalenie czy cena została skalkulowana rzetelnie (a taki cel oceny wyjaśnień dokonywanej przez zamawiającego – zresztą słusznie - wskazał sam zamawiający w treści wezwania).

Dodać należy, że odnoszenie się przez wykonawcę TRAMAD do cen oferowanych za dostawę soli w innych postępowaniach przez innych wykonawców, nie ma znaczenia dla rozstrzygnięcia tej sprawy. Nie wyjaśnia to sposobu kalkulacji ceny dokonanej przez tego wykonawcę w tym postępowaniu.

Mając powyższe na uwadze Izba ustaliła, że wyjaśnienia wykonawcy TRAMAD wraz z dowodami nie uzasadniają cen podanych w ofercie w odniesieniu do wszystkich części zamówienia i z tego też względu uznała, że oferta tego wykonawcy podlega odrzuceniu na podstawie art. 226 ust. 1 pkt 8 w zw. z art. 224 ust. 6 ustawy Pzp.

O kosztach postępowania orzeczono stosownie do wyniku, na podstawie art. 574 i art. 575 ustawy Pzp oraz w oparciu o przepisy § 7 ust. 1 pkt 1 w zw. z § 5 pkt 1 i 2 rozporządzenia w sprawie szczegółowych rodzajów kosztów postępowania odwoławczego, ich rozliczania oraz wysokości i sposobu pobierania wpisu od odwołania.

Izba zaliczyła w poczet kosztów postępowania odwoławczego kwotę 15 000 zł uiszczoną przez odwołującego tytułem wpisu od odwołania i zasądziła od zamawiającego na rzecz odwołującego kwotę 18 600 zł tytułem zwrotu kosztów postępowania odwoławczego poniesionych przez odwołującego w związku z uiszczonym wpisem od odwołania oraz wynagrodzeniem pełnomocnika.

Mając powyższe na uwadze Izba orzekła jak w sentencji.

Przewodnicząca: ……