

WYROK

Warszawa, dnia 5 grudnia 2024 r.

Krajowa Izba Odwoławcza - w składzie:

Przewodnicząca: Małgorzata Matecka

Protokolant: Oskar Oksiński

po rozpoznaniu na rozprawie odwołania wniesionego do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej w dniu 13 listopada 2024 r. przez wykonawcę E.D. prowadzącą działalność gospodarczą pod firmą P.P.H.U. CHEM MIX E.B. z siedzibą w Sowczycach w postępowaniu prowadzonym przez Skarb Państwa – 24 Wojskowy Oddział Gospodarczy w Giżycku z siedzibą w Giżycku

przy udziale wykonawcy Zbiornica Skórzec sp. z o.o. z siedzibą w Skórcu - uczestnika po stronie zamawiającego

orzeka:

1. Oddala odwołanie.

2. Kosztami postępowania obciąża odwołującego i:

2.1. zalicza do kosztów postępowania odwoławczego kwotę 15 000 zł 00 gr (słownie: piętnaście tysięcy złotych zero groszy) uiszczoną przez odwołującego tytułem wpisu od odwołania oraz kwotę 3 600 zł 00 gr (słownie: trzy tysiące sześćset złotych zero groszy) poniesioną przez zamawiającego tytułem wynagrodzenia pełnomocnika;

2.2. zasądza od odwołującego na rzecz zamawiającego kwotę 3 600 zł 00 gr (słownie: trzy tysiące sześćset złotych zero groszy) stanowiącą koszty postępowania odwoławczego poniesione przez zamawiającego.

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:

Uzasadnienie

Zamawiający 24 Wojskowy Oddział Gospodarczy w Giżycku z siedzibą w Giżycku (dalej: „Zamawiający”) prowadzi postępowanie o udzielenie zamówienia publicznego pod nazwą „Usługa odbioru i unieszkodliwienia odpadów pokonsumpcyjnych - produktów ubocznych pochodzenia zwierzęcego kategorii 3, powstałych w związku z żywieniem żołnierzy w punktach żywienia zbiorowego na terenie administrowanym przez 24 Wojskowy Oddział Gospodarczy w Giżycku w 2025 r.” (dalej: „Postępowanie”). Ogłoszenie o zamówieniu zostało opublikowane w dniu 18 września 2024 r. w Dzienniku Urzędowym Unii Europejskiej pod nr 182-559826.

I. W dniu 13 listopada 2024 r. wykonawca E.D. prowadząca działalność gospodarczą pod firmą P.P.H.U. CHEM MIX E.B. z siedzibą w Sowczycach (dalej: „Odwołujący”) wniosła do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej odwołanie wobec czynności wyboru oferty wykonawcy Zbiornica Skórzec sp. z o.o. z siedzibą w Skórcu (dalej: „Wykonawca Zbiornica”) oraz zaniechania przez Zamawiającego odrzucenia oferty Wykonawcy Zbiornica jako zawierającej rażąco niską cenę.

Odwołujący zarzucił Zamawiającemu naruszenie następujących przepisów ustawy z dnia 11 września 2019 r. – Prawo zamówień publicznych (dalej: „ustawa Pzp”):

1) art. 226 ust. 1 pkt 8 ustawy Pzp i art. 224 ust. 6 ustawy Pzp w zw. z art. 16 pkt 1, 2 i 3 ustawy Pzp, poprzez zaniechanie odrzucenia oferty Wykonawcy Zbiornica jako zawierającej rażąco niską cenę, podczas gdy treść udzielonych przez ww. wykonawcę wyjaśnień potwierdza, że oferta zawiera rażąco niską cenę z przyczyn wskazanych w uzasadnieniu odwołania, w wyniku czego doszło do zaniechania przeprowadzenia postępowania o udzielenie zamówienia w sposób zapewniający zachowanie uczciwej konkurencji i równe traktowanie

wykonawców oraz zgodnie z zasadami proporcjonalności i przejrzystości;

2)art. 239 ustawy Pzp w zw. z art. 16 pkt 1 ustawy Pzp poprzez wadliwy wybór oferty Wykonawcy Zbiornica jako najkorzystniejszej w postępowaniu.

W związku z podniesionymi zarzutami Odwołujący wniósł o uwzględnienie odwołania i nakazanie Zamawiającemu:

- 1)unieważnienia czynności wyboru najkorzystniejszej oferty;
- 2)powtórzenia czynności badania i oceny ofert;
- 3)odrzućenia oferty Wykonawcy Zbiornica jako zawierającej rażąco niską cenę.

II. Pismem wniesionym w dniu 3 grudnia 2024 r. Zamawiający udzielił odpowiedzi na odwołanie. Zamawiający uznał zarzuty odwołania za niezasadne i wniósł o jego oddalenie.

III. Przystąpienie do postępowania odwoławczego po stronie Zamawiającego zgłosił Wykonawca Zbiornica.

Wykonawca Zbiornica wniósł o odrzucenie odwołania ze względu na brak interesu prawnego po stronie Odwołującego – a w przypadku nieuwzględnienia tego wniosku – oddalenie odwołania.

Krajowa Izba Odwoławcza ustaliła i zważyła, co następuje:

Wniosek Wykonawcy Zbiornica o odrzucenie odwołania ze względu na brak interesu prawnego po stronie Odwołującego nie mógł być uwzględniony. Po pierwsze, Wykonawca Zbiornica nie wskazał podstawy prawnej, na jakiej odrzucenie odwołania miałyby nastąpić. Po drugie, stwierdzenie nieposiadania przez wykonawcę interesu we wniesieniu odwołania nie prowadzi do odrzucenia odwołania, lecz jego oddalenia. Po trzecie, okoliczność, że Odwołujący nie podniósł zarzutów wobec oferty znajdującej się na drugim miejscu rankingu ofert, sam zajmując miejsce trzecie (co stanowiło argumentację przedstawioną przez Wykonawcę Zbiornica), nie prowadzi do uznania, że nie ma on interesu we wniesieniu odwołania, jeżeli wykonawca zajmujący miejsce drugie nie został wezwany przez Zamawiającego do złożenia podmiotowych środków dowodowych na podstawie art. 126 ust. 1 ustawy Pzp. Wykonawca Zbiornica nie wykazał, aby takie wezwanie miało miejsce w tym postępowaniu (poza wezwaniem wystosowanym do samego Wykonawcy Zbiornica).

Izba ustaliła, że pismem z dnia 23 października 2024 r. Zamawiający wezwał Wykonawcę Zbiornica, na podstawie art. 224 ust. 1 ustawy Pzp, do udzielenia wyjaśnień, w tym złożenia dowodów, dotyczących wyliczenia ceny. Zamawiający nie wskazał szczególnego zakresu wyjaśnień poza przytoczeniem przepisu art. 224 ust. 3 ustawy Pzp.

Odpowiedzi na ww. wezwanie Wykonawca Zbiornica udzielił pismem z dnia 28 października 2024 r. W piśmie przedstawiono kalkulację zawierającą 11 punktów. Do pisma załączono dowody: ofertę handlową w przedmiocie ceny za utylizację ubocznych produktów pochodzenia zwierzęcego kat. III, fakturę VAT za środki do mycia aut i kontenerów, fakturę VAT za usługę mycia pojemników, faktury VAT za paliwo (4 szt.) oraz fakturę VAT za środek do dezynfekcji aut i kontenerów.

W dniu 4 listopada 2024 r. Zamawiający poinformował o wyborze jako najkorzystniejszej oferty złożonej przez Wykonawcę Zbiornica.

Uzasadniając podniesione zarzuty Odwołujący podniósł, że wyjaśnienia dotyczące wyliczenia ceny zawierają następujące uchybienia:

- 1.Wyjaśnienia mają ogólny, lakoniczny charakter i nie uzasadniają poszczególnych pozycji kosztowych;
- 2.Do wyjaśnień nie załączono dowodów.
- 3.W uproszczonej kalkulacji przyjęto błędne założenia.

Odwołujący przywołał postanowienia SWZ w zakresie przedmiotu zamówienia, w tym dotyczące częstotliwości odbioru odpadów pokonsumpcyjnych (pkt 1.1 oraz 1.2). Odwołujący stwierdził, że: Wykonawca Zbiornica błędnie oszacował czas potrzebny do realizacji zadania w ilości 100 godzin roboczych w tygodniu, przy założeniu zapotrzebowania na 5 odbiorów w tygodniu w każdym punkcie. Wykonawca Zbiornica nie wskazał w wyjaśnieniach lokalizacji zakładu utylizacyjnego, do którego zamierza transportować odpady, jednakże z dokumentu dołączonego przez wykonawcę wynika, że odbiorcą surowca ma być zakład przetwarzania odpadów w miejscowości Woroniec (gm. Biała Podlaska). Wykonawca Zbiornica nie wyjaśnił jaką trasę przyjął do kalkulacji i na jakich okolicznościach oparł przyjęte założenia. Odwołujący przedstawił wyniki podjętej próby weryfikacji założeń Wykonawcy Zbiornicy przyjmując szacunek 100 godzin roboczych w tygodniu i najkrótszą możliwą trasę logistyczną (ustaloną przy użyciu narzędzia maps.google.com) —

rozpoczynającą się i kończącą w Skórcu, z przystankami w Bemowie Piskim, Orzyszu, Giżycku, Węgorzewie, Gołdapi, Ełku oraz Worońcu. Wykonawca Zbiornica, kalkulując koszty utrzymania kierowców - przy założeniu 100 godzin roboczych w tygodniu na realizację zadania - nie uwzględnił w podstawie kalkulacji norm czasu pracy kierowców zawodowych w Polsce, które znajdują oparcie w przepisach Rozporządzenia (WE) nr 561/2006 Parlamentu Europejskiego i Rady z dnia 15 marca 2006 r. dotyczącego harmonizacji niektórych przepisów socjalnych odnoszących się do transportu drogowego oraz ustawy z dnia 16 kwietnia 2004 r. o czasie pracy kierowców (Dz.U.2024.220 t.j. z dnia 2024.02.20). Wykonawca Zbiornica nie wykazał, że jest w stanie wykonać przedmiot zamówienia – w wyjaśnieniach rażąco niskiej ceny nie podaje czy i jakim pojazdem dysponuje na potrzeby transportu odpadów pokonsumpcyjnych. Wykonawca Zbiornica nie przedstawił żadnych dowodów (nawet pośrednich) wskazujących na fakt posiadania pojazdu ciężarowego na potrzeby realizacji zadania (niektórzy wykonawcy bazują na sprzęcie i innych zasobach posiadanych przez podwykonawców), a w związku z tym Zamawiający nie powinien domniemywać faktu dysponowania przez Wykonawcę odpowiednim sprzętem kluczowym do realizacji zamówienia, lecz zdolność ta powinna zostać udowodniona przez Wykonawcę. Wykonawca Zbiornica nie wskazał marki pojazdu, ładowności, czy parametrów wskazujących na zużycie paliwa, co mogłoby służyć Zamawiającemu do weryfikacji założeń przyjętych do kalkulacji oferty. Brak informacji chociażby o ładowności pojazdu Wykonawcy uniemożliwia weryfikację obiektywnej możliwości wykonania zadania przez Wykonawcę i weryfikacji kosztów związanych z logistyką przedsięwzięcia. Wykonawca Zbiornica nie przedstawił dowodów umożliwiających ocenę tego czy możliwa jest realizacja zamówienia za pomocą posiadanego pojazdu czyli w sposób oparty na założeniach przyjętych do przedstawionej kalkulacji. Skoro Wykonawca Zbiornica szacuje koszt paliwa na 285 355,20 zł brutto, to przy cenie (6,5 zł za litr paliwa — przyjętej przez Odwołującego na potrzeby niniejszej weryfikacji) przyjąć należy, że Wykonawca na realizację zadania przewiduje zużycie ok 43 900 litrów paliwa, więc w zależności od zużycia paliwa na 100 km, można zgrubnie oszacować iż Wykonawca przewiduje, że na potrzeby realizacji zadania pojazd ciężarowy, którym dysponuje, przejedzie od 170 000 do 220 000 km. Nadto, zakładana znaczna ilość przejechanych kilometrów (skutkująca znacznym stopniem zużycia pojazdu) nie koresponduje z pozycją kosztorysu „koszty amortyzacji samochodu. 9 600,00 brutto”. Wykonawca Zbiornica nie przedstawił jakiegokolwiek dowodu wskazującego na wartość początkową pojazdu, przyjętą metodę i okres amortyzacji. Ten zarzut dotyczy także pozostałych elementów kalkulacji Zamawiającego tj. pkt 9 wyjaśnień dotyczący kosztów amortyzacji kontenerów chłodniczych. Wykonawca Zbiornica całkowicie pominął w wyjaśnieniach konieczność wykazania pozostałych kosztów związanych z eksploatacją pojazdu - co niewątpliwie powinno wywrzeć wpływ na cenę oferty tj. kosztów serwisu (wymiany płynów eksploatacyjnych, części, podzespołów etc.), a także kosztów związanych z ubezpieczeniem pojazdu. Wykonawca Zbiornica nie skalkulował także kosztów worków do gromadzenia suchego pieczywa, co stanowi oczywisty element kalkulacji mający wpływ na cenę oferty, na co wskazuje Zamawiający (vide: I .3. załącznika nr do SWZ). Wyjaśnienia Wykonawcy Zbiornica w przeważającym zakresie mają lakoniczny, ogólny charakter. Wprawdzie w ramach wyjaśnień Wykonawca Zbiornica przedstawił kalkulację własną, jednakże kalkulacja ta jest lakoniczna oraz oparta na błędnych założeniach. Nadto nie da się w żaden sposób zweryfikować poprawności dokonanych wyliczeń, albowiem do kalkulacji nie przedstawiono rzetelnych wyjaśnień w zakresie założeń przyjętych do wyceny, a po drugie na potwierdzenie rzetelności kalkulacji nie przedstawiono żadnych dowodów albo są do dowody szczątkowe.

Izba uznała, że odwołanie nie podlega uwzględnieniu.

Po pierwsze, Izba nie zgadza się ze stanowiskiem Odwołującego, że złożone przez Wykonawcę Zbiornica wyjaśnienia dotyczące wyliczenia ceny są niekonkretne. Za ogólne uważa się wyjaśnienia, w których nie zostały podane żadne kwoty zakładanych kosztów realizacji zamówienia, natomiast wykonawca przedstawia jedynie twierdzenia o tym, jakie posiada bogate doświadczenie, kontakty biznesowe, organizację pracy, i tym podobne. Natomiast Wykonawca Zbiornica przedstawił w ramach wyjaśnień kalkulację ceny zawierającą konkretne kwoty kosztów realizacji zamówienia. Oczywiście należy przyznać, że jest to bardzo prosta kalkulacja, zawierająca podstawowe składniki cenotwórcze - w odniesieniu do części przedstawiono krótkie wyjaśnienia, a w odniesieniu do innych poprzestano na podaniu skalkulowanego poziomu kosztów. Należy jednak zauważyć, że wezwanie Zamawiającego do przedstawienia wyjaśnień ceny miało bardzo ogólny charakter. Zamawiający nie wskazał żądanego zakresu wyjaśnień, a jedynie ograniczył się do przytoczenia przepisów ustawy Pzp. W orzecznictwie Izby przyjmuje się, że przedstawione przez wykonawcę wyjaśnienia dotyczące wyliczenia ceny ocenia się przy uwzględnieniu stopnia szczegółowości wezwania

Zamawiającego. Jeżeli wezwanie nie było szczegółowe, a Zamawiający ograniczył się jedynie do przytoczenia przepisów ustawy Pzp, to nie można oczekiwać od wykonawcy, że ten przedstawi Zamawiającemu szczegółowe wyjaśnienia. Taka sytuacja wystąpiła w niniejszej sprawie. Wykonawca Zbiornica przedstawił Zamawiającemu podstawową kalkulację, do której załączył dowody. Jeżeli Zamawiający miałby w tym zakresie wątpliwości, w szczególności brakowałyby mu informacji pozwalających na dokonanie oceny tych wyjaśnień (np. takich jak wskazane w odwołaniu), mógł i powinien wystosować do Wykonawcy Zbiornica wezwanie do przedstawienia uzupełniających wyjaśnień czy brakujących dowodów. Dopuszcza się możliwość wystosowania kolejnego wezwania pod warunkiem, że wykonawca w sposób dostateczny odpowiedział na pierwsze wezwanie. Mając na uwadze ogólny charakter wezwania Zamawiającego, należy uznać, że taka sytuacja wystąpiła w przypadku wyjaśnień Wykonawcy Zbiornica. Należy przy tym podkreślić, że wykonawca nie jest zobowiązany do udowodnienia każdej okoliczności wskazanej w ramach wyjaśnień. Oceny co do konieczności przedstawienia dowodów należy dokonywać przy uwzględnieniu treści wyjaśnień, treści wezwania oraz konkretnych okoliczności danej sprawy, w tym w szczególności dotyczących przedmiotu zamówienia, na które prowadzone jest postępowanie. Należy dodać, że zarzut zaniechania wezwania Wykonawcy Zbiornica do złożenia uzupełniających wyjaśnień nie został przez Odwołującego postawiony. Nie wchodził zatem w zakres rozpoznania Izby.

Po drugie, należy zauważyć, że odrzuceniu na podstawie art. 226 ust. 1 pkt 8 ustawy Pzp w zw. z art. 224 ust. 6 ustawy Pzp podlega oferta, której całkowita cena oferty zostaje uznana za rażąco niską. Wyjątki dotyczą przypadków odrębnego rozliczania poszczególnych elementów przedmiotu zamówienia (Odwołujący nie wykazał, aby taka sytuacja wystąpiła w tej sprawie). W związku z tym zaniżenie przez wykonawcę pewnych elementów cenotwórczych nie prowadzi automatycznie do uznania, że całkowitą cenę oferty należy uznać za rażąco niską. Wykonawca podnoszący zarzut zaniechania odrzucenia oferty innego wykonawcy jako zawierającej rażąco niską cenę obowiązany jest wykazać, że całkowita cena oferty konkurenta podlega kwalifikacji jak rażąco niska. W niniejszej sprawie Odwołujący nie sprostał temu obowiązkowi. Odwołujący ograniczył się jedynie do wskazania nieprawidłowości w kalkulacji Wykonawcy Zbiornica, nie podając poziomu niedoszacowania w ramach danego elementu ceny jak i poziomu niedoszacowania całkowitej ceny oferty. Przyjmuje się, że niedoszacowanie niektórych elementów ceny nie prowadzi do uznania całkowitej ceny oferty za rażąco niską, jeżeli niedoszacowanie to może zostać pokryte z zapewnionej przez wykonawcę rezerwy lub założonego zysku. W tym kontekście nie można pominąć znaczącego poziomu zysku, jaki został założony przez Wykonawcę Zbiornica.

Należy również zauważyć, że zgodnie z ugruntowanym w orzecznictwie poglądem przepis art. 537 ustawy Pzp nie zwalnia wykonawcy wnoszącego odwołanie od udowodnienia okoliczności stanowiących podstawę faktyczną zarzutów. W niniejszej sprawie praktycznie nie miało to miejsca.

Biorąc pod uwagę powyższe, Izba orzekła, jak w punkcie pierwszym sentencji, na podstawie art. 553 oraz art. 554 ust. 1 pkt 1 *a contrario* ustawy Pzp.

O kosztach postępowania odwoławczego Izba orzekła na podstawie art. 557, 574 i 575 ustawy Pzp oraz § 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).

Przewodnicząca: