

WYROK

Warszawa, dnia 29 lipca 2024 r.

Krajowa Izba Odwoławcza – w składzie:

Przewodnicząca: Anna Chudzik

Protokolant: Patryk Pazura

po rozpoznaniu na rozprawie odwołania wniesionego do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej w dniu 16 lipca 2024 r. przez Marka Michalczyszyna prowadzącego działalność gospodarczą pod firmą „Michałów” M.M.,

w postępowaniu prowadzonym przez Krajowy Ośrodek Wsparcia Rolnictwa Oddział Terenowy w Szczecinie,

orzeka:

1. Oddala odwołanie;

2. Kosztami postępowania obciąża Marka Michalczyszyna prowadzącego działalność gospodarczą pod firmą „Michałów” M.M. i:

2.1. zalicza w poczet kosztów postępowania odwoławczego kwotę 7 500 zł 00 gr (słownie: siedem tysięcy pięćset złotych zero groszy) uiszczoną przez Odwołującego tytułem wpisu od odwołania;

2.2. zasądza od Odwołującego na rzecz Zamawiającego kwotę 3 902 zł 00 gr (trzy tysiące dziewięćset dwa złote zero groszy) stanowiącą uzasadnione koszty strony poniesione z tytułu wynagrodzenia pełnomocnika (3 600 zł 00 gr) oraz dojazdu na rozprawę (302 zł 00 gr).

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 – Krajowy Ośrodek Wsparcia Rolnictwa Oddział Terenowy w Szczecinie – prowadzi w trybie podstawowym postępowanie o udzielenie zamówienia pn. *Wykonanie usług rolniczych w postaci talerzowania oraz koszenia na nieruchomościach będących w Zasobie Krajowego Ośrodka Wsparcia Rolnictwa Oddział Terenowy w Szczecinie*. Wartość zamówienia jest mniejsza niż progi unijne. Ogłoszenie o zamówieniu zostało opublikowane w Biuletynie Zamówień Publicznych 12 czerwca 2024 r. pod numerem 2024/BZP/00363516.

W dniu 16 lipca 2024 r. M.M. prowadzący działalność gospodarczą pod firmą „Michałów” M.M. wniósł odwołanie wobec wyboru oferty wykonawcy SM Barna S.B. jako najkorzystniejszej w zadaniach A, B i C. Odwołujący zarzucił Zamawiającemu naruszenie art. 226 ust. 1 pkt 8 ustawy Pzp i wniósł o nakazanie Zamawiającemu powtórzenia czynności wyboru oferty najkorzystniejszej.

W odniesieniu do zadania A Odwołujący podniósł, że Zamawiający odrzucił oferty D.J. i M.H., gdyż zdaniem Zamawiającego zawierały one rażąco niską cenę (odpowiednio: 5.919,48 zł i 7.277,55 zł). Tymczasem cena oferty złożonej przez S.B. to 5.755,05 zł, jest to zatem oferta z najniższą ceną. Mimo to Zamawiający nie uznał tej ceny za rażąco niską.

W zakresie zadania B Odwołujący wskazał, że cena oferty M.H. w wysokości 53.598,14 zł została uznana za rażąco niską i wybrano ofertę S.B. z ceną 44.037,68 zł.

W odniesieniu do zadania C Odwołujący wskazał, że cena oferty M.H. w wysokości 31.825,24 zł została uznana za rażąco niską, a Zamawiający wybrał ofertę S.B., który zaoferował cenę 26.498,84 zł. Ponadto Zamawiający odrzucił ofertę D.J., uznając jego wyjaśnienia za mało wiarygodne, a podstawowym zarzutem Zamawiającego jest wewnętrzna sprzeczność oferty polegająca na tym, że D.J. z jednej strony deklarował wykonanie przedmiotu zamówienia osobiście, a

z drugiej strony w kosztorysowym wyliczeniu stawki wskazał pozycję zatytułowaną „Koszt czasu pracy”, co zdaniem Zamawiającego dowodzi, że będzie on zatrudniał pracowników. Odwołujący podniósł, że S.B. w swoich wyjaśnieniach także zadeklarował, że przedmiot zamówienia zrealizuje osobiście, a jednocześnie w kosztorysach załączonych do wyjaśnień wykazał pozycję „Koszt operatora”, czyli osoby trzeciej. Zdaniem Odwołującego wskazuje to, że S.B. nie wykona przedmiotu zamówienia wyłącznie osobiście. Zamawiający jednak, oceniając te wyjaśnienia, nie dopatrywał się żadnej sprzeczności i przyznał ww. ofercie walor wiarygodności. Odwołujący podkreślił, że jeżeli Zamawiający kierowałby się tymi samymi kryteriami w odniesieniu do wszystkich ofert, to również oferty S.B. powinny zostać odrzucone z takich samych powodów, jak oferty M.H. i D.J..

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

Izba ustaliła, że Odwołujący spełnia określone w art. 505 ust. 1 ustawy Pzp przesłanki korzystania ze środków ochrony prawnej, tj. ma interes w uzyskaniu zamówienia, a naruszenie przez Zamawiającego przepisów ustawy Pzp może spowodować poniesienie przez niego szkody polegającej na nieuzyskaniu zamówienia.

Izba ustaliła następujący stan faktyczny:

Przed otwarciem oferty Zamawiający poinformował, że na sfinansowanie zamówienia zamierza przeznaczyć następujące kwoty:

- na zadanie częściowe A – 9.865,80 zł brutto,
- na zadanie częściowe B – 72.660,24 zł brutto,
- na zadanie częściowe C –43.143,84 zł brutto.

W postępowaniu zostały złożone oferty z następującymi cenami:

Zadanie częściowe A – wykonanie usługi talerzowania na nieruchomościach znajdujących się na terenie powiatu stargardzkiego, o łącznej powierzchni do wykonania 30,45 ha		
Nr oferty	Nazwa wykonawcy	Cena brutto
2.	D.J.	5.919,48 zł
3.	SM Bama S.B.	5.755,05 zł
4.	Przedsiębiorstwo Handlowo-Usługowe Maciej Harasimowicz	7.277,55 zł
5.	AGRO POLSKA Jakub Saczyński	16.747,50 zł
7.	Usługi Rolnicze Michał Czerniecki	9.744,00 zł
8.	M.M. „Michałów”	14.616,00 zł
Zadanie częściowe B - wykonanie usługi talerzowania na nieruchomościach znajdujących się na terenie powiatu choszczeńskiego, gmina Pelczyce oraz na terenie powiatu myśliborskiego gmina Barlinek - o łącznej powierzchni do wykonania 224,26 ha		
Nr oferty	Nazwa wykonawcy	Cena brutto
2.	D.J.	43.596,94 zł
3.	SM Bama S.B.	44.037,68 zł
4.	Przedsiębiorstwo Handlowo-Usługowe Maciej Harasimowicz	53.598,14 zł
5.	AGRO POLSKA Jakub Saczyński	123.343,00 zł
6.	By2Green Kamil Sobieraj	135.004,52 zł
7.	Usługi Rolnicze Michał Czerniecki	62.792,80 zł
8.	M.M. „Michałów”	107.644,80 zł
Zadanie częściowe C – wykonanie usługi talerzowania na nieruchomościach znajdujących się na terenie powiatu myśliborskiego, gmina Dębno – o łącznej powierzchni do wykonania 133,16 ha		
Nr oferty	Nazwa wykonawcy	Cena brutto

2.	D.J.	25.886,31 zł
3.	SM Bama S.B.	26.498,84 zł
4.	Przedsiębiorstwo Handlowo-Usługowe Maciej Harasimowicz	31.825,24 zł
5.	AGRO POLSKA Jakub Saczyński	73.238,00 zł
6.	By2Green Kamil Sobieraj	89.199,90 zł
7.	Usługi Rolnicze Michał Czerniecki	42.611,20 zł
8.	M.M. „Michałów”	63.916,80 zł

Pismami z 27 czerwca 2024 r. Zamawiający wezwał wykonawców: D.J., M.H. i S.B. do złożenia wyjaśnień dotyczących zaoferowanych cen m.in. w częściach A, B i C.

W wyniku oceny wyjaśnień złożonych przez ww. wykonawców Zamawiający wybrał ofertę S.B. jako najkorzystniejszą w częściach A, B i C oraz odrzucił oferty D.J. i M.H. na podstawie art. 226 ust. 1 pkt 8 ustawy Pzp.

W uzasadnieniu odrzucenia oferty D.J. Zamawiający wskazał:

(...) złożone przez Wykonawcę wyjaśnienia nie uzasadniają podanej w ofercie ceny, albowiem przedstawione przez Wykonawcę wyjaśnienia w zakresie kalkulacji ceny za wykonanie przedmiotu zamówienia są mało wiarygodne i nie zostały poparte wystarczającymi dowodami, które mogłyby być uznane i adekwatne do twierdzeń wykonawcy. W pierwszej kolejności podkreślić należy, że twierdzenia Wykonawcy, co do tego czy przedmiot zamówienia będzie wykonywał osobiście czy też przy wykorzystaniu zatrudnionych przez siebie pracowników (niezależnie od podstawy prawnej w oparciu, o którą Wykonawca będzie dysponował tymi osobami) są sprzeczne. Z jednej strony Wykonawca wskazuje, iż będzie realizował przedmiot zamówienia osobiście by następnie wskazać, iż szczególny nacisk kładzie na integralność moralną pracowników i współpracowników oraz na system nadzoru nad wykonywaną pracą. Zwrócić należy uwagę, iż na stronie drugiej pisma zawierającego wyjaśnienia w części „KOSZTORYSOWE WYLICZENIE STAWKI” wykonawca wykazuje pozycję zatytułowaną „Koszt czasu pracy”. Wykazanie takiej pozycji w kalkulacji kosztów wskazuje, iż Wykonawca zamierza wykonywać przedmiot zamówienia przy wykorzystaniu „pracowników”. Tak, więc zdaniem Zamawiającego występuje oczywista sprzeczność pomiędzy twierdzeniami Wykonawcy, co do tego czy będzie wykonywał przedmiot umowy osobiście czy też przy pomocy „pracowników”.

Wskazać również należy, że co do „Kosztu czasu pracy” wykonawca wskazał, że będzie on wynosił od 15 zł do 20 zł za jeden hektar. Jednocześnie Wykonawca nie wyjaśnił, w jaki sposób dokonał przeliczenia minimalnego wynagrodzenia za pracę albo minimalnej stawki godzinowej za wykonywanie usług, o których mowa w przepisach ustawy z dnia 10 października 2002r. o minimalnym wynagrodzeniu za pracę na stawkę za jeden hektar. Wykonawca nie wyjaśnił czy w związku z wykonywaniem usługi przez siebie lub przez pracowników poniesie koszty związane z zapewnieniem zaplecza socjalnego czy zakwaterowaniem na czas wykonywania usługi.

Zamawiający zwraca uwagę, iż nie są spójne wyjaśnienia zawarte na stronie drugiej pisma w części „KOSZTORYSOWE WYLICZENIE STAWKI”. W tej części Wykonawca wskazuje pozycję „Koszty transportu, serwisu, utrzymani przedsiębiorstwa, postępowania przetargowego na kwotę 5000 zł na 200 ha. Po pierwsze koszty transportu Wykonawca wykazał na stronie drugiej na kwotę 1300 zł w stosunku do wszystkich części zamówienia. Stąd też nie wiadomo ile w kwocie 25 zł za 1 hektar zawiera się kosztów transportu. Ponadto wskazana stawka 25 zł za jeden hektar została wyliczona przy założeniu, iż przedmiot zamówienia ma powierzchnię 200 hektarów. Tymczasem suma powierzchni gruntów w zadaniach częściowych A, B i C wynosi 387,87 ha. Wykonawca na potwierdzenie zaoferowanych cen przedstawił artykuł z portalu „Agrofakt” wskazując, jakie są ceny rynkowe za usługę talerzowania. Przesłany artykuł w żaden sposób nie wyjaśnia i tym samym nie potwierdza, że zaoferowane przez Wykonawcę ceny dadzą gwarancję wykonania przedmiotu umowy za cenę zaoferowaną przez Wykonawcę.

(...) w niniejszym przypadku złożone przez Wykonawcę wyjaśnienia są ogólne i nieprecyzyjne. Przyjęcie przez Zamawiającego wyjaśnień złożonych przez Wykonawcę i dokonanie po ich otrzymaniu wyboru oferty, jako najkorzystniejszej świadczyłoby o tym, że Zamawiający zaniechał przeprowadzenia pogłębionej, merytorycznej analizy wyjaśnień złożonych przez Wykonawcę i poprzestał na jedynie formalnej ich ocenie. (...)

Odrzucając ofertę M.H. Zamawiający wskazał m.in.:

(...) Wykonawca w złożonych przez siebie wyjaśnieniach wskazał, że zamówienie zostanie wykonane przez wysoko wykwalifikowaną kadrę pracowników. W wyjaśnieniach brak jest natomiast informacji o kosztach, które Wykonawca

poniesie w związku z zatrudnionymi pracownikami (brak określenia kosztów pracodawcy, brak informacji o wysokości wynagrodzenia itp.). Co więcej Wykonawca nie wyjaśnił czy w związku z wykonywaniem usługi przez własnych pracowników poniesie koszty związane z zapewnieniem zaplecza socjalnego czy zakwaterowaniem pracowników na czas wykonywania usługi. W złożonych wyjaśnieniach brak jest również informacji w zakresie kosztów, jakie Wykonawca poniesie w związku z transportem ciągników na nieruchomości gdzie będzie realizowana usługa. Dalej Wykonawca na potwierdzenie zaoferowanych cen przedstawił fakturę z 2022 roku za wykonanie usługi mineralizacji pasów przeciwpożarowych – talerzowanie. Zgodnie z przedłożoną fakturą cena za 1ha usługi wyniosła 300 zł brutto. Zdaniem Zamawiającego, który dokonał analizy przedłożonej faktury i porównał cenę z 2022 roku do ceny zaoferowanej w niniejszym postępowaniu tj. ceny 239,00 zł (w przypadku zadania częściowego A, B oraz C) stwierdził, że cena 300 zł za 1 ha wydaje się być bardziej realna tym bardziej, że od 2022 rok wysokość minimalnego wynagrodzenia za pracę wzrosło o ponad 40%, wzrosły również koszty utrzymania przedsiębiorstwa takie jak energia elektryczna, woda czy gaz. Tak, więc przedstawiona przez Wykonawcę faktura w żaden sposób nie wyjaśnia i tym samym nie potwierdza, że zaoferowane w niniejszym postępowaniu ceny przez Wykonawcę dadzą gwarancję wykonania przedmiotu umowy.

(...) w niniejszym przypadku złożone przez Wykonawcę wyjaśnienia są ogólne i nieprecyzyjne. Przyjęcie przez Zamawiającego wyjaśnień złożonych przez Wykonawcę i dokonanie po ich otrzymaniu wyboru oferty, jako najkorzystniejszej świadczyłoby o tym, że zamawiający zaniechał przeprowadzenia pogłębionej, merytorycznej analizy wyjaśnień złożonych przez Wykonawcę i poprzestał na jedynie formalnej ich ocenie. Zgodnie z postanowieniami art. 224 ust. 5 ustawy pzp obowiązek wykazania, że oferta nie zawiera rażąco niskiej ceny spoczywa na Wykonawcy, a wykonawca nie udźwignął ciężącego na nim ciężaru dowodowego wykazania, że jego oferta nie zawiera ceny rażąco niskiej.

Izba zważyła, co następuje:

Odwołanie nie zasługuje na uwzględnienie.

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. 5 ustawy Pzp, obowiązek wykazania, że oferta nie zawiera rażąco niskiej ceny lub kosztu spoczywa na wykonawcy.

Art. 224 ust. 6 ustawy Pzp stanowi, że 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 ocenie Izby, na podstawie złożonego odwołania brak jest podstaw do stwierdzenia, że oferta S.B. podlega odrzuceniu na podstawie art. 226 ust. 1 pkt 8 ustawy Pzp.

Na wstępie podkreślić należy, że rozstrzygając sprawę w kontekście przywołanych wyżej przepisów Izba bada czynność Zamawiającego polegającą na ocenie złożonych przez wykonawcę wyjaśnień i prawidłowość decyzji o odrzuceniu oferty tego wykonawcy. Przedmiotem odwołania może być bowiem czynność lub zaniechanie zamawiającego (art. 513 nowej ustawy Pzp). Jednocześnie zaznaczenia wymaga, że dokonywana przez Izbę ocena odnosi się do takiego aspektu tych wyjaśnień, który został zakwestionowany w odwołaniu. Izba nie może bowiem orzekać co do zarzutów, które nie były zawarte w odwołaniu (art. 555 nowej ustawy Pzp). Odwołujący jest więc zobowiązany w terminie na wniesienie odwołania sprecyzować zakres zarzutów i okoliczności faktyczne stanowiące ich podstawę, zadaniem Izby jest natomiast zbadanie, czy w ramach zakwestionowanych w odwołaniu elementów Zamawiający dokonał prawidłowej oceny wyjaśnień.

Dalej zauważenia wymaga, że chociaż w postępowaniu odwoławczym ciężar dowodu, że oferta nie zawiera rażąco niskiej ceny, spoczywa na wykonawcy, który ją złożył, jeżeli jest stroną albo uczestnikiem postępowania odwoławczego, a na zamawiającym, jeżeli wykonawca, który złożył ofertę, nie jest uczestnikiem postępowania odwoławczego (art. 537 ustawy Pzp), to taki rozkład ciężaru dowodu nie zwalnia Odwołującego ani z obowiązku przedstawienia skonkretyzowanych twierdzeń kwestionujących prawidłowość złożonych wyjaśnień, ani z aktywności w postępowaniu odwoławczym. Ww. przepisu nie można interpretować w ten sposób, że wykonawca kwestionujący inną ofertę może poprzestać na gołosłownym zanegowaniu prawidłowości ceny tej oferty, bez przedstawienia konkretnej argumentacji i choćby uprawdopodobnienia własnych twierdzeń czy poparcia ich szczegółowymi danymi i obliczeniami.

Biorąc powyższe pod uwagę w pierwszej kolejności zauważyć należy, że Odwołujący poprzestał w odwołaniu ogólnej tezie, którą można sprowadzić do twierdzenia, że skoro Zamawiający uznał za rażąco niskie ceny wyższe, niż zaoferowane przez S.B., to tym bardziej powinien odrzucić ofertę tego wykonawcy, z jeszcze niższymi cenami.

Powyższa teza jest niezasadna, o rażąco niskim charakterze ceny nie może bowiem świadczyć sama jej wysokość i porównanie do cen zaoferowanych przez innych wykonawców. Rozstrzygające jest to, czy w złożonych wyjaśnieniach wykonawca taki poziom ceny uzasadnił. Nie jest odosobnioną sytuacją w postępowaniach o udzielenie zamówienia, że niższa cena zostaje uznana za realną, podczas gdy oferty z wyższymi cenami podlegają odrzuceniu. Ocena realności ceny zależy bowiem od tego, jak wykonawca wyjaśnił sposób kalkulacji ceny i na jakie okoliczności sprzyjające jej obniżeniu się powołał. Jeżeli złożone wyjaśnienia są wiarygodne, przekonujące, kompletne i pozwalają na ocenę, że cena została skalkulowana w sposób pozwalający na prawidłową realizację przedmiotu zamówienia, to nie ma podstaw do odrzucenia oferty tylko z tego powodu, że zaoferowana w niej cena jest niższa, niż ceny ofert innych wykonawców, uznane za rażąco niskie z powodu określonych braków w złożonych wyjaśnieniach.

Zauważenia wymaga, że poza oparciem zarzutu na porównaniu cen zaoferowanych w przedmiotowym postępowaniu, jedyną podstawą faktyczną zarzutu było wskazanie, że S.B. zadeklarował, że przedmiot zamówienia zrealizuje osobiście, a jednocześnie w kosztorysach załączonych do wyjaśnień wykazał pozycję „Koszt operatora”, czyli osoby trzeciej, a analogiczna okoliczność była przyczyną odrzucenia oferty innego wykonawcy. Odwołujący jednak nie przedstawił żadnego szerszego wywodu w tym zakresie, nie wskazał nawet, czy i jak okoliczność ta dotyczy istotnych elementów składowych ceny i czy przekłada się na realność ceny całkowitej, nie przedstawił poziomu zarzucanego niedoszacowania oferty z tego powodu ani nie wskazał, jak oferta w tym zakresie powinna być skalkulowana. Odwołujący pominął również, że sprzeczność polegająca na deklaracji osobistego wykonania zamówienia z jednoczesnym skalkulowaniem kosztów pracy była tylko jedną z kilku podstaw faktycznych odrzucenia oferty D.J., nie była więc okolicznością samodzielnie przesądzającą o tym odrzuceniu. Odwołujący nie wskazał, dlaczego w przypadku S.B. podobna okoliczność powinna samodzielnie prowadzić do odrzucenia oferty. Powyższe powoduje, że zarzut odwołania należy uznać za nieskonkretyzowany i nawet nieuprawdopodobniony.

Następnie podkreślić należy, że przedstawione w piśmie procesowym z 29 lipca 2024 r. twierdzenia Odwołującego mające potwierdzać konieczność odrzucenia oferty S.B., są spóźnione, stanowią bowiem próbę uzupełnienia podstaw faktycznych zarzutów po upływie terminu na wniesienie odwołania. Tak sformułowane podstawy faktyczne zarzutu nie mogą być przedmiotem orzeczenia Izby.

Biorąc powyższe pod uwagę należy stwierdzić, że zarzuty odwołania zostały sformułowane w sposób ogólnikowy i fragmentaryczny i jako takie nie mogły prowadzić do uwzględnienia odwołania. Wyraźnego podkreślenia wymaga przy tym, że Izba może dokonać oceny zasadności odwołania jedynie w granicach zarzutów wyznaczonych twierdzeniami co do okoliczności faktycznych, co oznacza, że Izba nie jest uprawniona do całościowego, oderwanego od granic zarzutów, badania ceny oferty i złożonych przez wykonawcę wyjaśnień. Z tego powodu Izba nie dokonała w niniejszym postępowaniu odwoławczym przedstawionych przez Zamawiającego z ostrożności procesowej twierdzeń i dowodów mających potwierdzać prawidłowość ceny zaoferowanej przez S.B.. Powyższe twierdzenia i dowody wykraczały bowiem poza okoliczności podniesione w odwołaniu.

Wobec powyższego orzeczono, jak w sentencji.

O kosztach postępowania orzeczono na podstawie art. 557, art. 574 i art. 575 ustawy Pzp oraz § 5 pkt 1 i 2 lit. a i b i oraz § 8 ust. 2 pkt 2 z 2020 r. poz. 2437), stosownie do wyniku postępowania obciążając kosztami postępowania Odwołującego.

Przewodnicząca:.....