

WYROK
z dnia 23 października 2023 r.

Krajowa Izba Odwoławcza - w składzie:

Przewodniczący: Anna Wojciechowska

Protokolant: Klaudia Kwadrans

po rozpoznaniu na rozprawie w Warszawie w dniu 23 października 2023 r. odwołania wniesionego do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej w dniu 9 października 2023 r. przez **wykonawcę "EUROTREX" sp. z o.o. z siedzibą w Biskupicach** w postępowaniu prowadzonym przez **zamawiającego Wodociągi i Kanalizacja w Opolu sp. z o.o. z siedzibą w Opolu**

orzeka:

1. Oddala odwołanie.

2. Kosztami postępowania obciąża wykonawcę "EUROTREX" sp. z o.o. z siedzibą w Biskupicach zalicza w poczet kosztów postępowania odwoławczego kwotę 7 500 zł 00 gr (słownie: siedem tysięcy pięćset złotych zero groszy) uiszczoną przez wykonawcę "EUROTREX" sp. z o.o. z siedzibą w Biskupicach 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 2023 r., poz. 1605 z późn. 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 2973/23

Uzasadnienie

Zamawiający – Wodociągi i Kanalizacja w Opolu sp. z o.o. z siedzibą w Opolu - prowadzi postępowanie o udzielenie zamówienia publicznego w trybie podstawowym bez negocjacji na podstawie art. 275 pkt 1 ustawy z dnia 11 września 2019 r. - Prawo zamówień publicznych (tekst jednolity Dz. U. 2023 r., poz. 1605 z późn. zm. – dalej „ustawa pzp”), pn. *„Czyszczenie urządzeń podczyszczających wody opadowe i roztopowe oraz transport odpadów powstałych w wyniku usługi”*, znak postępowania: PU-251-8/23. Ogłoszenie o zamówieniu opublikowane zostało w Biuletynie Zamówień Publicznych w dniu 20 lipca 2023 r., za numerem 2023/BZP 00316844/01.

W dniu 9 października 2023 r. odwołanie wniósł wykonawca "EUROTREX" sp. z o.o. z siedzibą w Biskupicach – dalej Odwołujący. Odwołujący wniósł odwołanie wobec czynności wyboru oferty najkorzystniejszej oraz wobec czynności odrzucenia oferty Odwołującego.

Odwołujący zarzucił Zamawiającemu naruszenie:

1. art. 226 ust. 1 pkt 8 ustawy pzp poprzez bezpodstawne i bezprawne odrzucenie oferty Odwołującego,
2. art. 239 ust. 1 ustawy pzp poprzez zaniechanie wyboru oferty najkorzystniejszej tj. wyboru oferty Odwołującego jako oferty z najniższą ceną,
3. innych przepisów wynikających bezpośrednio i pośrednio z uzasadnienia.

Odwołujący w oparciu o wyżej wskazane zarzuty wniósł o uwzględnienie odwołania, jak również nakazanie Zamawiającemu:

- 1) unieważnienia czynności polegającej na wyborze oferty najkorzystniejszej w postępowaniu,
- 2) unieważnienia czynności odrzucenia oferty Odwołującego z postępowania,
- 3) powtórzenia czynności badania i oceny ofert.

Odwołujący uzasadniając zarzuty odwołania wskazał, że pismem z dnia 4 września 2023 r. Zamawiający wezwał do dalszych wyjaśnień rażąco niskiej ceny sugerując, że Odwołujący zamierza użyć mobilnej jednostki asenizacyjnej (pojazdu asenizacyjnego) do separacji związków ropopochodnych od cieczy. W odpowiedzi pismem z dnia 6 września 2023 r. Odwołujący w sposób jednoznaczny podkreślił, że nie zamierza użyć pojazdu asenizacyjnego do separacji związków ropopochodnych (cyt.: „Wyjaśniamy, że nie zamierzamy wykorzystać systemu recyklingu w pojeździe asenizacyjnym do oddzielenia związków ropo-pochodnych od cieczy”).

Ponadto Odwołujący wskazał, że w ww. piśmie oświadczył, że: „Zamierzamy użyć dedykowany pojazd asenizacyjny do zbierania wyłącznie substancji ropo-pochodnych”. Pomimo wyjaśnień Zamawiający pismem z dnia 3 października 2023 r. odrzucił ofertę Odwołującego powołując się na fakt użycia pojazdu asenizacyjnego do oddzielenia związków ropopochodnych od cieczy: „do oddzielenia związków ropopochodnych od cieczy Wykonawca oświadczył, że użyje innego pojazdu niż ww. nie wskazując konkretnie pojazdu.”

W dniu 18 października 2023 r. Zamawiający złożył odpowiedź na odwołanie, w której wniósł o oddalenie wniesionego odwołania w całości. W złożonej odpowiedzi oraz na rozprawie przedstawił uzasadnienie faktyczne i prawne swojego stanowiska.

Izba ustaliła, co następuje:

Izba ustaliła, że odwołanie czyni zadość wymogom proceduralnym zdefiniowanym w Dziale IX ustawy z dnia 11 września 2019 r. - Prawo zamówień publicznych, tj. odwołanie nie zawiera braków formalnych oraz został uiszczony od niego wpis. Izba ustaliła, że nie zaistniały przesłanki określone w art. 528 ustawy pzp, które skutkowałyby odrzuceniem odwołania.

Izba stwierdziła, że Odwołujący wykazał przesłanki dla wniesienia odwołania określone w art. 505 ust. 1 i 2 ustawy pzp, tj. posiadanie interesu w uzyskaniu danego zamówienia oraz możliwości poniesienia szkody w wyniku naruszenia przez Zamawiającego przepisów ustawy pzp.

Izba stwierdziła, że w terminie wynikającym z art. 525 ust. 1 ustawy pzp do postępowania odwoławczego nie zgłosił przystąpienia żaden wykonawca.

Izba postanowiła dopuścić dowody z dokumentacji przedmiotowego postępowania, odwołanie wraz z załącznikami oraz odpowiedź na odwołanie wraz z załącznikami.

Na podstawie tych dokumentów, jak również biorąc pod uwagę oświadczenia, stanowiska i dowody złożone przez strony w trakcie posiedzenia i rozprawy, Krajowa Izba Odwoławcza ustaliła i zważyła:

Odwołanie podlegało oddaleniu.

W zakresie podniesionych zarzutów Izba ustaliła następujący stan faktyczny:

Zgodnie z SWZ, „3. OPIS PRZEDMIOTU ZAMÓWIENIA: 3.1. Nazwa przedmiotu zamówienia: Czyszczenie urządzeń podczyszczających wody opadowe i roztopowe oraz transport i unieszkodliwienie odpadów powstałych w wyniku usługi. 3.2. Przedmiotem zamówienia jest usługa polegająca na wykonaniu czynności eksploatacyjnych urządzeń podczyszczających wody opadowe i roztopowe oraz odbiór i transport powstałych w wyniku usługi odpadów o kodzie 13 05 08 tj. mieszanina odpadów z piaskowników i z odwadniania olejów w separatorach. Wykaz obiektów, w których znajdują się urządzenia podlegające czyszczeniu stanowi załącznik nr 2 do SWZ. 3.3. Przedmiot zamówienia określają szczegółowo: Część II SWZ – Opis przedmiotu zamówienia, Część III SWZ – Istotne postanowienia umowy.”

Zgodnie z OPZ, „II. Zakres zamówienia: 1. Zakres zamówienia obejmuje: 1.1 czyszczenie i przegląd urządzeń podczyszczających wraz z wykonaniem niezbędnych dla prawidłowego funkcjonowania urządzenia prac konserwatorskich, w szczególności: a. kontrola stanu ogólnego urządzeń, b. kontrola stanu technicznego sekcji, w której magazynowane są odpady, c. dojazd pojazdów asenizacyjnych do urządzeń (Zamawiający gwarantuje dostęp i dojazd do urządzeń drogami utwardzonymi będącymi własnością Miasta Opole, jednakże nie zawsze są to drogi ogólnodostępne), d. przewietrzenie urządzeń podczyszczających, e. usunięcie zgromadzonych w urządzeniu odpadów wraz z osadem z dna urządzenia i wodą, f. przegląd i oczyszczenie elementów wewnętrznych (filtry, pływaki, ściany wewnętrzne komory separatora) za pomocą myjki ciśnieniowej i środka przeznaczonego do tego rodzaju prac oraz usunięcie popłuczyn, g. kontrola pływakowego zamknięcia urządzenia i ocena jego stanu technicznego, h. wykonanie innych prac konserwatorskich niezbędnych do prawidłowego funkcjonowania urządzenia, i. zalanie urządzenia czystą wodą, aż do przelewu na wylocie, j. uporządkowanie terenu wokół urządzenia, k. zapewnienie transportu odpadów do odzysku lub unieszkodliwienia.”

Zgodnie z IPU – par. 1 ust. 5, „5. Wykonawca oświadcza, co następuje: 1) będzie realizował Usługę zgodnie z niniejszą umową, przyjętą przez Zamawiającego ofertą i SWZ; 2) realizacja umowy przeprowadzona będzie zgodnie z obowiązującymi przepisami prawa oraz z należytą starannością i zgodnie z zasadami współczesnej wiedzy technicznej, zapewniającej bezpieczne i higieniczne warunki pracy.”

Zgodnie z informacją z 9 sierpnia 2023 r. Zamawiający zamierzał przeznaczyć na sfinansowanie zamówienia kwotę 280 800,00 zł brutto.

W postępowaniu oferty złożyło 6 wykonawców: oferta Odwołującego z ceną 246 240,00 zł brutto, oferta Onecoservice sp. z o.o. z ceną 935 297,57 zł brutto, Przedsiębiorstwo „ZET” sp. z o.o. z ceną 711 136,80 zł brutto, Usługi Ascenizacyjne S. K. z ceną 307 130,40 zł brutto, EKOBUT S. B. z ceną 349 049,09 zł brutto, EKOSERVICE sp. z o.o. z ceną 474 012,00 zł brutto.

Pismem z dnia 18 sierpnia 2023 r. Zamawiający wezwał Odwołującego wyjaśnienia rażąco niskiej ceny wskazując: „Zaoferowana cena różni się o więcej niż 30% od średniej arytmetycznej cen wszystkich złożonych ofert niepodlegających

odrzuconiu na podstawie art. 226 ust. 1 pkt 1 i 10 ustawy pzp. Zamawiający żąda wyjaśnień oraz dowodów dotyczących ceny w szczególności w zakresie, o którym mowa w art. 224 ust. 3 pkt 4) i 6) i 7) ustawy pzp tj.

- 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 lub przepisów odrębnych właściwych dla spraw z którymi związane jest realizowane zamówienie; zgodności z przepisami z zakresu prawa pracy i zabezpieczenia społecznego, obowiązującymi w miejscu, w którym realizowane jest zamówienie;

- zgodności z przepisami z zakresu ochrony środowiska, w szczególności wskazanie, w jaki sposób wykonawca zagospodaruje odpad powstały w wyniku usługi wraz ze wskazaniem kosztów;

- oraz zdefiniowania zasobu sprzętowego tj. rodzaju i ilości pojazdów, którymi Wykonawca będzie realizował zadanie.

Zgodnie z art. 224 ust. 6 ustawy pzp Zamawiający odrzuca ofertę wykonawcy, który nie udzielił wyjaśnień w wyznaczonym terminie lub jeżeli złożone wyjaśnienia wraz z dowodami nie uzasadniają podanej w ofercie ceny."

Odwołujący w odpowiedzi z dnia 21 sierpnia 2023 r. wskazał: „W odpowiedzi na wezwanie z dnia 18 sierpnia 2023 r. w sprawie wyjaśnienia rażąco niskiej ceny poniżej zamieszczamy elementy oferty mające wpływ na obniżenie ceny:

1. Oszczędność metody wykonania zamówienia-oddzielenie frakcji płynnej odpadu od frakcji stałej w procesie recyklingu daje znaczną oszczędność w postaci zmniejszenia o 70% procent objętości odpadu a tym samym znaczne obniżenie kosztów transportu i utylizacji.

[1. pojazd z recyklingiem: 634,65 m3, zmniejszenie ilości odpadu o 50%, ilość wyjściowa odpadu: 317,325 m3, cena utylizacji odpadu 165 zł/m3, wartość: 52.358,63 zł, 2. pojazd bez recyklingu: 634,65 m3, zmniejszenie ilości odpadu o 0%, ilość wyjściowa odpadu: 634,65 m3, cena utylizacji odpadu 165 zł/m3, wartość: 104 717,25 zł; oszczędność: 52.358,63 zł]

2. Wybrane rozwiązania techniczne: użycie pojazdów z odzyskiem wody umożliwia wykorzystanie odzyskanej wody do czynności czyszczenia urządzeń podczyszczających bez potrzeby tankowania zwiększając wydajność czyszczenia o około 100 % (50% zmniejszenie zużycia wody)

[1. Pojazd z odzyskiem wody używanej do mycia i napełniania urządzeń: zmniejszenie ilości wody o 50%, koszt pracy pojazdu: 484,66 zł/rg, szacunkowy czas pracy (rg) (5% czasu pracy pojazdu): 7,90, wartość: 3.828,81 zł 2. Pojazd bez odzysku wody używanej do mycia i napełniania urządzeń: zmniejszenie ilości wody o 0%, koszt pracy pojazdu: 484,66 zł/rg, szacunkowy czas pracy (rg) (5% czasu pracy pojazdu): 15,80, wartość: 7.657,63 zł / oszczędność: 3.828,81 zł]

3. Zastosowanie pojazdów wyposażonych w wysokowydajne pompy ssące oraz sterowanie radiowe umożliwiające obniżenie kosztów pracy pojazdu o 50%

[1. Pojazd z wysokowydajną pompą ssącą, szacunkowa ilość odpadu: 634,65 m3, wydajność pompy ssącej: 2400 m3/g, koszt pracy pojazdu: 484,66 zł/rg, szacunkowy czas pracy (rg) (60% czasu pracy pojazdu): 94,80, wartość: 45.945,77 zł 2. Pojazd bez wysokowydajnej pompy ssącej, szacunkowa ilość odpadu: 634,65 m3, wydajność pompy ssącej: 1200 m3/g, koszt pracy pojazdu: 484,66 zł/rg, szacunkowy czas pracy (rg) (60% czasu pracy pojazdu): 189,60, wartość: 91.891,54 zł / oszczędności: 45.945,77 zł.]

4. Koszty pracownicze: [6 pracowników, stawka godzinowa zł/rg: 29 zł, szacunkowa ilość godzin 158, wartość: 27 492 zł.]

5. Koszty pracy pojazdu: [paliwo: 160 zł, obsługa 58 zł, amortyzacja 266,66 zł, wartość: 484,66 zł.]

6. Wyliczenie ceny ofertowej [cena ofertowa netto (RMS+Kp+Zysk): 228.000,00 zł, RS (robocizna, sprzęt, utylizacja odpadu: 129.625,21 zł, Materiał (M): 4.500,54 zł, koszty pośrednie 71,2% (R+S): 92.293,15 zł, Zysk 12,2% (R+S+Kp): 1.581,43 zł., podatek VAT 8%: 18.240,00 zł, Wartość brutto: 246.240,00 zł]"

Pismem z dnia 4 września 2023 r. Zamawiający wezwał Odwołującego: „Odnosząc do przedstawionych wyjaśnień rażąco niskiej ceny z dnia 21.08.2023 r. Zamawiający wzywa o uzupełnienie wyjaśnienia w zakresie:

I. Przedstawionego kosztorysu usługi wskazanego w pkt 1 i 2 ww. pisma.

Należy mieć na uwadze zapisy SWZ cz. II - OPZ pkt II.11.e (usunięcie zgromadzonych w urządzeniu odpadów wraz z osadem z dna urządzenia i wodą) i pkt II.11.i (zalanie urządzenia czystą wodą, aż do przelewu na wylocie). Zapisy te wskazują, że do czynności związanych z realizacją umowy należy wykorzystać czystą wodę. W związku z powyższym należy rozumieć, że Wykonawca zamierza wykorzystać wodę nadosadową do czynności związanych z realizacją usługi.

Zgodnie z wiedzą Zamawiającego proces separacji związków ropopochodnych w cieczach jest bardzo złożonym procesem oraz rzadko spotykanym rozwiązaniem w mobilnych jednostkach asenizacyjnych. W tym wypadku pojazd powinien spełniać trzy funkcje tj. separacja cząstek stałych, separacja substancji ropopochodnych oraz odzysk czystej wody, która w tym przypadku powinna odpowiadać parametrom fizyko-chemicznym zbliżonym lub tym samym do wody z ujęcia sieci wodociągowej.

W związku z powyższym Zamawiający wzywa do uzupełnienia wyjaśnień o następujące informacje:

1. Wskazanie producenta i rodzaju samochodu asenizacyjnego celem weryfikacji przez Zamawiającego zaimplementowanych rozwiązań technicznych, gwarantujących separację substancji ropopochodnych.
2. Schemat techniczny wskazujący na zastosowane rozwiązania w pojeździe, który gwarantuje rozdzielanie odzyskanej wody od substancji ropopochodnych,
3. Pozostała dokumentacja gwarantująca rozdzielanie odzyskanej wody od substancji ropopochodnych.

II. Przedstawione kosztorysu usługi wskazanego w pkt 3 ww. pisma.

Wskazane w wyjaśnieniu argumenty nie wyjaśniają realnego przełożenia na czas realizacji usługi i obniżenie kosztów pracy pojazdu o 50%.

W związku z powyższym Zamawiający wzywa do uzupełnienia wyjaśnień o następujące informacje:

1. Wskazanie, w jaki sposób wysokowydajna pompa ma wpłynąć realnie na czas realizacji usługi oraz
2. Wskazanie, w jaki sposób sterowanie radiowe ma wpłynąć na czas realizacji usługi?

Zgodnie z art. 224 ust. 6 ustawy pzp Zamawiający odrzuca ofertę wykonawcy, który nie udzielił wyjaśnień w wyznaczonym terminie lub jeżeli złożone wyjaśnienia wraz z dowodami nie uzasadniają podanej w ofercie ceny."

Odwolujący w dniu 6 września 2023 r. odpowiedział na powyższe wezwanie wskazując: „Wyjaśniamy, że nie zamierzamy wykorzystać systemu recyklingu w pojeździe asenizacyjnym do oddzielenia związków ropo-pochodnych od cieczy. Zamierzamy wykorzystać system recyklingu do oddzielenia osadu od wody a następnie wykorzystać wodę nad osadową do czynności zalania urządzeń. W separatorach substancje ropopochodne są oddzielane od cieczy i gromadzą się na powierzchni (ciecz i osad pod oddzieloną warstwą substancji ropo-pochodnych ich nie zawiera). Zamierzamy użyć dedykowany pojazd asenizacyjny do zbierania wyłącznie substancji ropo-pochodnych. Do oddzielenia osadu od wody zamierzamy użyć pojazdu z zabudową WIEDEMANN enviro tec GmbH model SUPER 2000 z jednym z najbardziej zaawansowanych systemu recyklingu. Zgodnie z deklaracją producenta na stronie: <https://wiedemannenvirotec.de/en/produkte/wasserrecycling/#link-popup-vorteile> „The quality of the recycled water corresponds to that of fresh water. Without a detectable grain size, it is ideally suited for operating high-pressure and vacuum pumps, since there is no higher wear than when operating with fresh water.” (jakość wody po recyklingu jest niemal identyczna do wody czystej). Zastosowana w pojeździe pompy z płaszczem wodnym o wydajności 2400 m3/g w sposób bezpośredni skróci o połowę czas potrzebny na opróżnienie separatora. Sterowanie radiowe umożliwi zdalną obsługę pojazdu z miejsca czyszczenia separatora i pozwoli na 1 osobową obsługę (zwykle wymagana jest 2 osobowa obsługa) obniżając koszty pracy."

Pismem z dnia 3 października 2023 r. Zamawiający poinformował o wyborze najkorzystniejszej oferty oraz o odrzuceniu oferty Odwołującego wskazując: „Wykonawca Eurotrex sp. z o.o., ul. Olsztyńska 1 a, 42-256 Biskupice, został wezwany do wyjaśnienia w zakresie wyliczenia ceny. W odpowiedzi wskazał, iż do czyszczenia urządzeń podczyszczających wody opadowe i roztopowe będzie używał metody oddzielenia frakcji płynnej odpadu od frakcji stałej w procesie recyklingu oraz będzie używał pojazdów z odzyskiem wody, które umożliwią wykorzystanie odzyskanej wody do czynności czyszczenia urządzeń podczyszczających. Wykonawca w wyjaśnieniach, wskazał link do strony producenta zabudowy pojazdu (WIEDEMANN enviro tec GmbH model SUPER 2000), którego zamierza użyć, deklarując, że jakość wody po recyklingu jest niemal identyczna do wody czystej. Natomiast do oddzielenia związków ropopochodnych od cieczy Wykonawca oświadczył, że użyje innego pojazdu niż ww. nie wskazując konkretnie pojazdu. Mając na uwadze powyższe, należy wskazać, że zarówno woda w separatorze jak i w osadniku zawiera substancje ropopochodne. W związku z czym nie można wykorzystać tej samej wody nawet po recyklingu do zalania separatora. Zgodnie z SWZ cz. II OPZ pkt II ppkt 1 lit e, i Wykonawca musi usunąć zgromadzony w urządzeniach odpad wraz z osadem z dna urządzenia i wodą oraz zalać urządzenie czystą wodą, aż do przelewu na wylocie. Zamawiający w dokumentach zamówienia wskazał konkretnie sposób wykonania zadania opisując czynności, które musi podjąć Wykonawca, nie pozostawiając dowolności w wykonaniu zadania, a tym samym nie dopuszczając metody oczyszczania polegającej na recyklingu. Wyjaśnienia Wykonawcy nie potwierdzają, że usługa zostanie wykonana zgodnie z wymaganiami określonymi w dokumentach zamówienia, w związku z tym wyjaśnienia Eurotrex sp. z o.o. nie uzasadniają zaproponowanej rażąco niskiej ceny."

Artykuł 16 pkt 1 – 3 ustawy pzp stanowi: „Zamawiający przygotowuje i przeprowadza postępowanie o udzielenie zamówienia w sposób: 1) zapewniający zachowanie uczciwej konkurencji oraz równe traktowanie wykonawców; 2) przejrzysty; 3) proporcjonalny.”

Zgodnie z art. 224 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; (...) 3. Wyjaśnienia, o których mowa w ust. 1, mogą dotyczyć w szczególności: 1) zarządzania procesem produkcji, świadczonych usług lub metody budowy; 2) wybranych rozwiązań technicznych, wyjątkowo korzystnych warunków dostaw, usług albo związanych z realizacją robót budowlanych; 3) oryginalności dostaw, usług lub robót budowlanych oferowanych przez wykonawcę; 4) 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 2018 r. poz. 2177 oraz z 2019 r. poz. 1564) lub przepisów odrębnych właściwych dla spraw, z którymi związane jest realizowane zamówienie; 5) zgodności z prawem w rozumieniu przepisów o postępowaniu w sprawach dotyczących pomocy publicznej; 6) zgodności z przepisami z zakresu prawa pracy i zabezpieczenia społecznego, obowiązującymi w miejscu, w którym realizowane jest zamówienie; 7) zgodności z przepisami z zakresu ochrony środowiska; 8) wypełniania obowiązków związanych z powierzeniem wykonania części zamówienia podwykonawcy. 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. (...)”

Artykuł 226 ust. 1 pkt 8 ustawy pzp stanowi: „1. Zamawiający odrzuca ofertę, jeżeli: 8) zawiera rażąco niską cenę lub koszt w stosunku do przedmiotu zamówienia.”

W myśl art. 239 ust. 1 ustawy pzp: „Zamawiający wybiera najkorzystniejszą ofertę na podstawie kryteriów oceny ofert określonych w dokumentach zamówienia.”

Przedmiotem sporu w niniejszej sprawie była ocena prawidłowości odrzucenia oferty Odwołującego w oparciu o podstawy prawne i faktyczne wskazane przez Zamawiającego w piśmie z dnia 3 października 2023 r., jako zawierającej rażąco niską cenę. Analiza dokumentacji postępowania doprowadziła Izbę do przekonania, że czynność Zamawiającego odrzucenia oferty Odwołującego była prawidłowa, a zarzuty odwołania nie potwierdziły się.

W pierwszej kolejności zauważyć należy, że stanowisko doktryny oraz orzecznictwa dotyczące rażąco niskiej ceny pozostaje aktualne na gruncie nowej ustawy pzp, mając na względzie, że przepisy uległy zmianie w tym zakresie w niewielkim stopniu. Zgodnie z ugruntowanym orzecznictwem Izby za cenę rażąco niską uznaje się cenę poniżej kosztów własnych wykonawcy, niepozwalającą na wypracowanie zysku. Jest to cena oderwana od realiów rynkowych i nierzeczywista.

Jak wskazano w wyroku z dnia 30 listopada 2021 r.: „Procedura badania i ustalania ceny rażąco niskiej przebiega więc w taki sposób, że Zamawiający musi umożliwić wykonawcy wykazanie okoliczności, iż zaoferowana przez niego cena jest ceną realną. Następnie zaś na wykonawcy, zgodnie z art. 224 ust. 5 Pzp, spoczywa obowiązek wykazania, że oferta nie zawiera rażąco niskiej ceny. Rolą Zamawiającego jest ustalenie i weryfikacja czy czynniki wskazane przez wykonawcę w ramach wyjaśnień rzeczywiście istnieją, mogą być osiągnięte w ramach realiów rynkowych i na podstawie jakich założeń wykonawca zakłada realność wystąpienia tych szczególnych czynników i sprzyjających okoliczności. Treść normy art. 224 ust. 5 Pzp nie pozostawia wątpliwości, że to na wykonawcy wezwanym do złożenia wyjaśnień spoczywa obowiązek wykazania, czy możliwe i realne jest wykonanie zamówienia za określoną w ofercie cenę. Z racji tego, że celem wyjaśnień jest wzruszenie przyjętego domniemania, że zaoferowana cena jest ceną rażąco niską, wyjaśnienia takie muszą być

konkretne, wyczerpujące i uzasadniające realność dokonanej przez wykonawcę kalkulacji.”

Niewątpliwie więc istotą procedury wyjaśnień rażąco niskiej ceny jest wykazanie zamawiającemu, że zaoferowana przez wykonawcę cena gwarantuje należyte wykonanie zamówienia, a założenie niższej ceny wynika z właściwości danego wykonawcy, zasobów kadrowych, sprzętowych, możliwości organizacyjnych czy też współpracy z określonymi podmiotami i pozostaje ceną rynkową. Na skutek ich złożenia zamawiający powinien uzyskać pewność, co do możliwości zrealizowania zamówienia zgodnie z wymaganiami za cenę podaną w ofercie, a także co do tego, że wątpliwości zamawiającego w zakresie zbyt niskiej ceny były nieuzasadnione. W odpowiedzi na wezwanie wykonawca powinien w rzetelny i jak najpełniejszy sposób wykazać, również poprzez złożenie dowodów odpowiadających wyjaśnianym składnikom ceny, że zaoferowane przez niego ceny nie noszą znamion rażąco niskich. Co jednak kluczowe, wyjaśnienia wykonawcy muszą odpowiadać wezwaniu, szczególnie w sytuacji, gdy zamawiający precyzuje szczegółowo, jakie elementy ceny budzą jego wątpliwości. W przeciwnym razie nawet obszerne wyjaśnienia, które nie odnoszą się jednak do kwestionowanych przez zamawiającego cen, nie będą mogły zostać uznane za uzasadniające ich zaoferowanie na niskim poziomie. Izba podziela w tym zakresie stanowisko przedstawione w wyroku o sygn. akt KIO 3750/21 z dnia 18 stycznia 2022 r.: *„(...) ocena wyjaśnień ceny złożonych przez wykonawcę musi odbywać się, w kontekście wezwania zamawiającego – jego szczegółowości oraz wyrażonych w nim skonkretyzowanych wątpliwości. Jeżeli Zamawiający wskaże w wezwaniu do wyjaśnień elementy ceny oferty, które jego zdaniem wymagają takich wyjaśnień to wykonawca zobowiązany jest udzielić wyjaśnień co najmniej w zakresie określonym przez Zamawiającego. (...) obowiązkiem wykonawcy jest, aby w odpowiedzi na wezwanie wystosowane przez zamawiającego udzielił wyjaśnień dotyczących okoliczności, które wpłynęły na wysokość zaoferowanej ceny w taki sposób, aby na ich podstawie możliwe było jednoznaczne ustalenie, że cena oferty (odpowiednio koszt, istotna część składowa) nie jest ceną rażąco niską. Efektem składanych wyjaśnień ma być stworzenie podstaw do uznania przez zamawiającego, że podejrzenie dotyczące rażąco niskiej ceny oferty nie było uzasadnione. Podkreślić trzeba, iż nie tylko nieudzielenie wyjaśnień w wyznaczonym terminie skutkować będzie koniecznością odrzucenia oferty, ale także złożenie takich wyjaśnień, które nie uzasadniają podanej w ofercie ceny.”*

Przenosząc powyższe rozważania na kanwę niniejszej sprawy Izba w pierwszej kolejności zauważyła, że Odwołujący kwestionując decyzję Zamawiającego o odrzuceniu jego oferty powołał się w odwołaniu wyłącznie na jedną okoliczność, która w ocenie Izby nie znajduje odzwierciedlenia w uzasadnieniu odrzucenia oferty. Odwołujący wywodził bowiem, że podstawą odrzucenia jego oferty za rażąco niską cenę było błędne przyjęcie przez Zamawiającego, że Wykonawca zamierza użyć dedykowanego pojazdu asenizacyjnego do oddzielenia związków ropopochodnych od cieczy (w procesie recyklingu). W ocenie Izby, uważna lektura uzasadnienia odrzucenia oferty Odwołującego prowadzi jednak do odmiennych wniosków. Odwołujący w sposób wybiórczy dokonał wykładni przyczyn, które doprowadziły do odrzucenia jego oferty, pomijając ich zasadniczą część. Z uzasadnienia odrzucenia oferty wynika bowiem, że Zamawiający uznał, że Wykonawca planuje użycie dwóch pojazdów: jednego do oddzielenia osadu od wody w procesie recyklingu, którego dane podał oraz drugiego do oddzielenia związków ropopochodnych od cieczy, którego specyfikacja nie została podana. W ocenie Izby stwierdzenie: *„Natomiast do oddzielenia związków ropopochodnych od cieczy Wykonawca oświadczył, że użyje innego pojazdu niż ww. nie wskazując konkretnie pojazdu.”* należy tak rozumieć, że przyczyną odrzucenia oferty była również okoliczność, że Wykonawca pomimo wezwania nie wyjaśnił kwestii sposobu wykonania zamówienia, w tym nie wskazał parametrów ww. pojazdu. Izba zwraca uwagę, że z treści wezwania z dnia 4 września 2023 r. wynika, iż Zamawiający miał wątpliwości co do wykazywanych oszczędności w kontekście prezentowanego przez Wykonawcę sposobu wykonania zamówienia. Zamawiający przywołał bowiem treść postanowień OPZ i wymagał co do sposobu wykonania zamówienia oraz wyraził wątpliwości co do możliwości odseparowania substancji ropopochodnych żądając przedstawienia wyjaśnień w tym zakresie. W odpowiedzi Wykonawca wskazał jedynie, że: *W separatorach substancje ropopochodne są oddzielane od cieczy i gromadzą się na powierzchni (ciecz i osad pod oddzieloną warstwą substancji ropo-pochodnych ich nie zawiera). Zamierzamy użyć dedykowany pojazd asenizacyjny do zbierania wyłącznie substancji ropo-pochodnych.”* Odwołujący nie wyjaśnił tego procesu poprzez wskazanie na właściwości pojazdu gwarantujące zebranie ww. substancji, a to było przedmiotem wątpliwości Zamawiającego. Kwestia użycia słowa: „oddzielenia” związków czy „zebrania” jest w ocenie Izby irrelevantna – sam zresztą Odwołujący wskazuje na oddzielanie związków ropopochodnych od cieczy. Istotą dla Zamawiającego było bowiem uzyskanie informacji w jaki sposób i czy dedykowany pojazd ma możliwość oddzielenia/zebrania wszystkich substancji ropopochodnych. Dlatego też w uzasadnieniu odrzucenia oferty wskazał na brak podania w wyjaśnieniach konkretnego pojazdu. Odwołujący dokonał więc błędnej interpretacji uzasadnienia zawartego w piśmie z dnia 3 października 2023 r., a w odwołaniu nie odniósł się do pozostałych przyczyn odrzucenia jego oferty. Izba zwraca uwagę, że granice rozpoznania przed Izbą wyznaczają poza okolicznościami prawnymi przede wszystkim przywołane w odwołaniu okoliczności faktyczne. Niedozwolone jest przy tym rozszerzanie podstaw faktycznych zarzutów na rozprawie. Odwołujący podniósł w odwołaniu okoliczność, która nie

potwierdziła się w świetle treści dokumentacji postępowania i już z tych powodów odwołanie podlegało oddaleniu.

Wskazania wymaga, że wbrew twierdzeniu Odwołującego powodem odrzucenia oferty Odwołującego było przede wszystkim niewykazanie, że cena oferty nie jest rażąco niska. Odwołujący przedstawił bowiem w wyjaśnieniach oszczędności wynikającego z przyjęcia niezgodnej z warunkami zamówienia metody wykonania zamówienia. Zamawiający opisał bowiem sposób realizacji poszczególnych etapów usługi, wymagając, aby po pierwsze wykonawca usunął zgromadzony w urządzeniach odpad wraz z osadem z dna urządzenia i wodą (cz. II OPZ pkt II ppkt 1 lit. e), co wyklucza etapowanie wykonania tej części usługi, czyli zebrania substancji ropopochodnych, a następnie recykling osadu od wody – wykonawca miał bowiem usunąć całość: substancje, osad, odpad i wodę. A dalej wykonawca będzie zobowiązany: „zalać urządzenie czystą wodą, aż do przelewu na wylocie” (cz. II OPZ pkt II ppkt 1 lit. i). Zamawiający nie dopuścił przy tym użycia wody pochodzącej z recyklingu, tym bardziej wody „*niemal czystej*”, jak deklarował Wykonawca, a wymagał wody czystej. Brak definicji wody czystej w SWZ co podnosił Odwołujący na rozprawie nie oznacza, że Wykonawca przy realizacji zamówienia nie ma obowiązku stosować się do regulacji prawnych, w tym rozporządzenia Ministra Gospodarki Morskiej i Żeglugi Śródlądowej z dnia 12 lipca 2019 r. w sprawie substancji szczególnie szkodliwych dla środowiska wodnego oraz warunków, jakie należy spełnić przy wprowadzaniu do wód lub do ziemi ścieków, a także przy odprowadzaniu wód opadowych lub roztopowych do wód lub do urządzeń wodnych (Dz. U. 2019 r. poz. 1311 z późn. zm.), a który to obowiązek wynika z umowy (par. 1 ust. 5 IPU).

Konkludując, przyczyną odrzucenia oferty Odwołującego nie było uznanie przez Zamawiającego, że Wykonawca zamierza oddzielić substancje ropopochodne w procesie recyklingu, a niewykazanie rażąco niskiej ceny, gdyż zakładane przez Odwołującego oszczędności (mniejsze zużycie wody, niższe koszty utylizacji odpadów), wynikają z zastosowania metody wykonania zamówienia niezgodnej z OPZ (zebrania/oddzielenia substancji ropopochodnych, a następnie odzysk wody w procesie recyklingu).

W konsekwencji należało uznać, że zarzuty odwołania nie potwierdziły się.

O kosztach postępowania odwoławczego orzeczono stosownie do jego wyniku na podstawie art. 575 oraz art. 574 ustawy pzp, a także w oparciu o przepisy § 5 pkt 1 oraz § 8 ust. 2 zdanie pierwsze 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 ze zm.) zaliczając na poczet niniejszego postępowania odwoławczego koszt wpisu od odwołania uiszczony przez Odwołującego.

Przewodniczący: