

WYROK
z dnia 19 maja 2023 r.

Krajowa Izba Odwoławcza – w składzie:

Przewodniczący: Maksym Smorczewski

Protokolant: Piotr Cegłowski

po rozpoznaniu na rozprawie w dniu 18 maja 2023 r. w Warszawie odwołania wniesionego do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej w dniu 2 maja 2023 r. przez wykonawcę A. O., prowadzącego działalność gospodarczą pod nazwą A. O., w postępowaniu prowadzonym przez Miasto Szczecinek przy udziale wykonawcy Prote-Technologie dla środowiska spółka z ograniczoną odpowiedzialnością z siedzibą w Poznaniu zgłaszającego przystąpienie do postępowania odwoławczego po stronie zamawiającego

orzeka:

1. uwzględnić odwołanie w części, uznając za uzasadniony zarzut naruszenia art. 226 ust. 1 pkt 8) w związku z art. 224 ust. 6 w związku z art. 266 ustawy z dnia 11 września 2019 r. Prawo zamówień publicznych, i nakazuje zamawiającemu Miastu Szczecinek:
 - 1.1. unieważnienie czynności wyboru oferty najkorzystniejszej,
 - 1.2. powtórzenie czynności badania i oceny ofert, w tym odrzucenie oferty Prote-Technologie dla środowiska spółka z ograniczoną odpowiedzialnością z siedzibą w Poznaniu na podstawie art. 226 ust. 1 pkt 8) w związku z art. 224 ust. 6 w związku z art. 266 ustawy z dnia 11 września 2019 r. Prawo zamówień publicznych,
2. oddala odwołanie w pozostałym zakresie,
3. kosztami postępowania obciąża wykonawcę A. O., prowadzącego działalność gospodarczą pod nazwą A. O., w 1/2 (słownie: jednej drugiej) części oraz zamawiającego Miasto Szczecinek w 1/2 (słownie: jednej drugiej) części i:
 - 3.1. zalicza do kosztów postępowania odwoławczego uiszczony przez wykonawcę A. O., prowadzącego działalność gospodarczą pod nazwą A. O., wpis od odwołania w wysokości 7 500 zł (słownie: siedem tysięcy pięćset złotych),
 - 3.2. zasądza od Miasta Szczecinek na rzecz A. O., prowadzącego działalność gospodarczą pod nazwą A. O., kwotę 3 750 zł (słownie: trzy tysiące siedemset pięćdziesiąt złotych) stanowiącą koszty postępowania odwoławczego poniesione z tytułu wpisu od odwołania,
 - 3.3. uzasadnione koszty stron postępowania odwoławczego znosi wzajemnie między A. O., prowadzącym działalność gospodarczą pod nazwą A. O., i Miastem Szczecinek.

Stosownie do art. 579 ust. 1 i art. 580 ust. 1 i 2 ustawy z dnia 11 września 2019 r. Prawo zamówień publicznych (tj. Dz.U. z 2022 r. poz. 1710 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 1242/23

UZASADNIENIE

W dniu 2 maja 2023 r. do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej wpłynęło odwołanie wykonawcy A. O., prowadzącego działalność gospodarczą pod nazwą A. O., (dalej jako „Odwołujący”) w postępowaniu o udzielenie zamówienia publicznego na usługi pod nazwą „Wykonanie trzech zabiegów aeracji mobilnej na jeziorze Trzesiecko w 2023 roku” (dalej jako „Postępowanie”) prowadzonym przez zamawiającego Miasto Szczecinek (dalej jako „Zamawiający”) na zaniechanie dokonania czynności odrzucenia oferty Prote-Technologie dla środowiska spółka z ograniczoną odpowiedzialnością z siedzibą w Poznaniu oraz na zaniechanie dokonania czynności wezwania Prote-Technologie dla środowiska spółka z ograniczoną odpowiedzialnością z siedzibą w Poznaniu do złożenia, uzupełnienia lub poprawienia lub do udzielenia wyjaśnień w zakresie wykazu usług.

Odwołujący zarzucił naruszenie

- „1. art. 266 PZP w zw. z art. 226 ust. 1 pkt 8 PZP w zw. z art. 224 ust. 6 PZP w zw. z art. 16 pkt 1 PZP – poprzez bezpodstawne uznanie, że Wykonawca PROTE udzielił wymaganych wyjaśnień w odpowiedzi na wezwanie w zakresie rażąco niskiej ceny zawartej w ofercie, podczas gdy szczegółowa analiza przedstawionych przez wykonawcę PROTE wyjaśnień winna prowadzić do wniosku że złożone wyjaśnienia wraz z dowodami nie uzasadniają podanej w ofercie ceny, w związku z czym oferta ta winna zostać odrzucona – co w konsekwencji stanowi przejaw prowadzenia postępowania z naruszeniem zasady uczciwej konkurencji;
2. art. 128 ust. 1 PZP – poprzez zaniechanie wezwania Wykonawcy PROTE do złożenia, uzupełnienia lub poprawienia lub do udzielenia wyjaśnień w zakresie oświadczeń lub dokumentów tj. wykazu usług i bezpodstawne uznanie, że Wykonawca PROTE wykazał spełnianie warunków udziału w postępowaniu w zakresie doświadczenia, podczas gdy

szczegółowa analiza przedłożonego przez PROTE wykazu usług prowadzi do wniosku, że żadna z wymienionych tam usług nie odpowiada usługom wymaganym w tym względzie przez Zamawiającego.”.

Odwolujący wniósł o „uwzględnienie odwołania oraz o 1. nakazanie: a. nieważnienia przez Zamawiającego czynności wyboru oferty PROTE, b. dokonania ponownego badania i oceny ofert z uwzględnieniem oferty złożonej przez Odwołującego oraz przeprowadzenia wszystkich czynności niezbędnych do wyboru najkorzystniejszej oferty”.

Zamawiający wniósł o oddalenie odwołania w całości.

Do postępowania odwoławczego po stronie Zamawiającego przystąpił wykonawca Prote-Technologie dla środowiska spółka z ograniczoną odpowiedzialnością z siedzibą w Poznaniu (dalej jako „Przystępujący”).

W zakresie mającym istotne znaczenie dla rozstrzygnięcia sprawy Izba ustaliła, co następuje:

Zamawiający prowadzi Postępowanie z zastosowaniem przepisów ustawy z dnia 11 września 2019 r. Prawo zamówień publicznych (dalej jako „Pzp”) w trybie podstawowym, w którym w odpowiedzi na ogłoszenie o zamówieniu oferty mogą składać wszyscy zainteresowani wykonawcy, a następnie zamawiający wybiera najkorzystniejszą ofertę bez przeprowadzenia negocjacji. Wartość zamówienia nie przekracza progów unijnych, o których mowa w art. 3 ust. 1 Pzp. Ogłoszenie o zamówieniu zostało opublikowane 22 marca 2023 r. w Biuletynie Zamówień Publicznych pod numerem 2023/BZP 00146297/01.

W sekcji XXI Specyfikacji Warunków Zamówienia w Postępowaniu (dalej jako „SWZ”) określono, że „O udzielenie zamówienia mogą ubiegać się wykonawcy, którzy: - Nie podlegają wykluczeniu; - Spełniają warunki udziału w postępowaniu dotyczące: (...) Zdolności technicznej lub zawodowej: 2. Wykonanie nie wcześniej niż w okresie ostatnich 3 lat przed upływem terminu składania ofert co najmniej 2 usług polegających na wykonaniu zabiegów aeracji mobilnej z precyzyjną inaktywacją fosforu lub magnezu na jeziorach o pow. min. 40 ha, o wartości nie mniejszej niż 20 000,00 zł brutto każda, potwierdzonych, że te usługi zostały wykonane należycie”.

W sekcji XXII ust. 4 SWZ Zamawiający określił, że „Zamawiający przed wyborem najkorzystniejszej oferty wezwie wykonawcę, którego oferta została najwyżej oceniona, do złożenia w wyznaczonym terminie, nie krótszym niż 5 dni, aktualnych na dzień złożenia następujących podmiotowych środków dowodowych: (...) W celu potwierdzenia spełnienia przez wykonawcę warunków udziału w postępowaniu dotyczących zdolności technicznej lub zawodowej: 4.4 wykazu dostaw lub usług wykonanych, a w przypadku świadczeń powtarzających się lub ciągłych również wykonywanych, w okresie ostatnich 3 lat, a jeżeli okres prowadzenia działalności jest krótszy - w tym okresie, wraz z podaniem ich wartości, przedmiotu, dat wykonania i podmiotów, na rzecz których dostawy lub usługi zostały wykonane lub są wykonywane, oraz załączeniem dowodów określających, czy te dostawy lub usługi zostały wykonane lub są wykonywane należycie, przy czym dowodami, o których mowa, są referencje bądź inne dokumenty sporządzone przez podmiot, na rzecz którego dostawy lub usługi zostały wykonane, a w przypadku świadczeń powtarzających się lub ciągłych są wykonywane, a jeżeli wykonawca z przyczyn niezależnych od niego nie jest w stanie uzyskać tych dokumentów - oświadczenie wykonawcy; w przypadku świadczeń powtarzających się lub ciągłych nadal wykonywanych referencje bądź inne dokumenty potwierdzające ich należyte wykonywanie powinny być wystawione w okresie ostatnich 3 miesięcy. Wzór wykazu wykonanych usług stanowi Załącznik Nr 5 do SWZ”.

Oferty w Postępowaniu złożyli Odwołujący i Przystępujący. Cena oferty Przystępującego określona została na kwotę 129.600 złotych brutto.

Zamawiający przekazał Przystępującemu datowane na 6 kwietnia 2023 r. pismo zatytułowane „Wezwanie do wyjaśnienia rażąco niskiej ceny” o treści „Działając na podstawie art. 224 ust. 1 i ust. 2 pkt 1 ustawy z dnia 11 września 2019 r. Prawo zamówień publicznych (Dz. U. z 2022 r. poz. 1710 z późn. zm.) Zamawiający informuje, iż po szczegółowej analizie złożonej przez Państwa oferty w ww. postępowaniu o udzielenie zamówienia publicznego, cena całkowita złożonej oferty jest niższa o co najmniej 30% od wartości zamówienia powiększonej o należyty podatek od towarów i usług, ustalonej przed wszczęciem postępowania. Zaoferowana cena wydaje się rażąco niska w stosunku do przedmiotu zamówienia i budzi wątpliwości Zamawiającego co do możliwości wykonania przedmiotu zamówienia zgodnie z wymaganiami określonymi przez Zamawiającego w dokumentach zamówienia lub wynikającymi z odrębnych przepisów. Wątpliwości Zamawiającego co do możliwości wykonania zamówienia po zaoferowanej cenie wynikają również z doświadczenia nabytego przy udzielaniu tego rodzaju zamówień oraz znajomości cen obowiązujących na rynku. W związku z powyższym Zamawiający wzywa Państwa do złożenia w terminie do 13-04-2023 r, godz. 10:00. szczegółowych wyjaśnień, w tym złożenia dowodów, w zakresie wyliczenia ceny ofertowej brutto, w szczególności w zakresie: 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 10.10.2002 r. o minimalnym wynagrodzeniu za pracę (Dz.U. z 2020 r. poz. 2207) lub przepisów odrębnych właściwych

dla spraw, z którymi związane jest realizowane zamówienie; 5) zgodności z przepisami z zakresu prawa pracy i zabezpieczenia społecznego, obowiązującymi w miejscu, w którym realizowane jest zamówienie; 6) zgodności z przepisami z zakresu ochrony środowiska. Ponadto Zamawiający zwraca się o przedstawienie szczegółowych kalkulacji ceny oferty /zawierających wszystkie koszty cenotwórcze/w tym koszty materiałów, koszty używanego sprzętu do realizacji usługi oraz przedstawienie kosztów przeprowadzenia badań zmienności zawartości fosforu. Zgodnie z art. 224 ust. 5 i ust. 6 ustawy z dnia 11 września 2019 r. Prawo zamówień publicznych obowiązek wykazania, że oferta nie zawiera rażąco niskiej ceny lub kosztu spoczywa na wykonawcy, natomiast 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 dniu 13 kwietnia 2023 r. Przystępujący przekazał Zamawiającemu pismo o treści „WYJAŚNIENIA W odpowiedzi na Państwa pismo z dnia 6 kwietnia 2023 r. dotyczące złożenia wyjaśnień w sprawie rażąco niskiej ceny, poniżej w imieniu firmy PROTE Technologie dla Środowiska Sp. z o.o. przedstawiam Państwu nasze wyjaśnienia oraz dowody dotyczące wyliczenia ceny oferty oraz powstałych kosztów. Zgodnie z orzecznictwem Krajowej Izby Odwoławczej pojęcie rażąco niskiej ceny odnosi się do całkowitej ceny ofertowej, a nie do poszczególnych cen częściowych. Kalkulacja ceny przez Wykonawcę jest prawem, a jednocześnie obowiązkiem. W ramach posiadania tego prawa Wykonawca na potrzeby każdego postępowania o udzielenia zamówienia publicznego może przyjąć swoją własną strategię budowy ceny ofertowej. Istotne jest, aby całkowita cena ofertowa za wykonanie przedmiotu zamówienia pokrywała koszty realizacji usługi oraz zapewniła Wykonawcy zysk, nawet na minimalnym poziomie. Przedstawiona w ofercie przez Spółkę PROTE cena jest rzetelnie obliczona i odnosi się do wszystkich składników oraz kosztów niezbędnych do prawidłowego wykonania zamówienia, zgodnie z treścią i wymaganiami określonymi w Specyfikacji Warunków Zamówienia. Co ważne, zapewnia uzyskanie zysku przez firmę, dzięki czemu nie istnieją podstawy do zakwalifikowania naszej oferty jako „rażąco niskiej ceny”, w stosunku do przedmiotu zamówienia. W ramach realizacji przedsięwzięcia obowiązującym rodzajem wynagrodzenia jest wynagrodzenie ryczałtowe, które w swoim charakterze obejmuje wszelkie koszty związane z wykonaniem kompletnego zamówienia. Takiej też analizy i wyceny dokonał Wykonawca sporządzając ofertę przetargową. Podstawą do obliczenia ceny ofertowej była własna, oparta na rachunku ekonomicznym, szczegółowa kalkulacja przy uwzględnieniu zapisów SWZ. Wykonawca sporządzając ofertę przetargową uwzględnił w szczególności: wymagania SWZ oraz wszelkie koszty z tytułu należytej, zgodnej z treścią SWZ oraz obowiązującymi przepisami prawa realizacją zamówienia. Cenę wyliczono w oparciu o doświadczenie i wiedzę wynikającą z realizacji zamówień o podobnym charakterze.(...) • PROTE Technologie dla Środowiska Sp. z o.o. w zakresie ochrony środowiska, a w szczególności w badaniach i likwidacji zanieczyszczeń w środowisku gruntowo-wodnym posiada ponad 20-letnie doświadczenie. W tym okresie zrealizowano ponad 300 projektów, począwszy od likwidacji negatywnych skutków poważnych katastrof ekologicznych, rekultywacji terenów przemysłowych, po rekultywację terenów stacji paliw, transformatorowych, czy dawnych gazowni i innych zanieczyszczonych i zdegradowanych obszarów. Od ponad 15 lat proponujemy również kompleksową usługę rekultywacji jezior, które doświadczają m.in. wysokiej trofii i zakwitów sinicowych. Trzon usługi stanowi chemiczne blokowanie fosforu, które wspierane jest przez indywidualnie dobierane metody dodatkowe tj. zatapianie słomy jęczmiennej, sadzenie makrofitów i makroglonów, regulacja składu gatunkowego ryb, bagrowanie wydzielonych fragmentów dna itp. Wśród wielu zrealizowanych projektów rekultywacji zbiorników wodnych, jako jedyni w Polsce przeprowadziliśmy kompleksowy projekt rekultywacji dwóch jezior gnieźnieńskich (J. Jelonek i J. Winiary), który to był finansowany z programu Life+ (instrumentu finansowego Unii Europejskiej wspierającego innowacyjne przedsięwzięcia). Potwierdzeniem jakości świadczonych przez nas usług są przyznane nam liczne nagrody m.in.: przyznana przez Polską Izbę Ekologii nagroda w specjalnej kategorii Ekolaur XX-lecia, czterokrotny tytuł Laureata Polskiego Godła Promocyjnego TERAZ POLSKA, cztery Złote Medale Targów POLEKO, Złote Medale Targów TIWS w Kielcach, kilkukrotny tytuł laureata Konkursu GreenEv organizowanego przez Ministerstwo Klimatu i Środowiska. Dodatkowo, naszą działalność prowadzimy od kilkunastu lat wg obowiązujących standardów pod kątem systemów jakości. Posiadamy zintegrowany system zarządzania: system zarządzania jakością zgodny z normą EN ISO 9001:2015-10, system zarządzania środowiskowego zgodny z normą EN ISO 14001:2015-09 oraz system zarządzania bezpieczeństwem i higieną pracy zgodny PN-ISO 45001:2018-06. • W związku z powyższym, za efekt czynników obiektywnych w naszym przypadku, które wpływają na możliwość obniżenia ostatecznej ceny realizacji zadania, przyczynia się przede wszystkim doświadczenie firmy PROTE w świadczeniu tego typu usług oraz kontakty handlowe z dostawcami produktów wymaganych do realizacji przedsięwzięcia. Dodatkowo, w realizacji zamówienia nie będą brali udziału podwykonawcy, co znacznie obniża koszty. Dysponowanie dużym doświadczeniem oraz posiadanie własnego zaplecza technicznego i kadrowego pozwala na znaczne ograniczenie kosztów i optymalizację zaplanowanych działań. Jednocześnie w zakresie „kosztów pracy” informujemy, iż ich wartość przyjęta do ustalenia ceny jest wyższa od minimalnego wynagrodzenia za pracę ustalonego na podstawie ustawy z dnia 10.10.2002 r. o minimalnym wynagrodzeniu za pracę (Dz.U. z 2020 r. poz. 2207). Do kalkulacji oferty przyjęto realne

koszty wynagrodzeń pracowników. Wysoką efektywność pracy uzyskano dzięki wykwalifikowanej i przeszkolonej kadrze zarządzającej projektami, wysokiej optymalizacji czasu pracy oraz stosowaniu procedur wdrożonych systemem zarządzania jakością. Czynniki obiektywne, które w naszym przypadku wpływają na obniżenie ceny, związane są przede wszystkim z: ▪ Obniżeniem kosztów dzięki posiadanym przez Spółkę środkom trwałym, które nie obciążają kosztorysu poprzez inwestycje w ich zakup, a ponadto nie są już amortyzowane (np. łódź aplikacyjna, zestaw do dozowania substancji chemicznych, itp.). ▪ Posiadanym sprzętem do realizacji zamówienia, który jest nowoczesny, ekonomiczny, o znacznej niezawodności i wysokiej trwałości, co wpływa na osiągnięcie konkurencyjnych cen (np. oszczędne silniki zaburtowe, których spalanie paliwa jest na niskim poziomie). ▪ Systemem zarządzania jakością, który usprawnił organizację pracy w sposób pozwalający na obniżenie kosztów pracy pracowników o ok. 15%. ▪ Posiadanym doświadczeniem oraz wykwalifikowaną kadrą, co pozwala na realizację zlecenia w całości, bez konieczności korzystania z kosztownych usług podwykonawców, czy też zatrudniania dodatkowego, kosztownego personelu. ▪ Relatywnie bliską odległością miejsca realizacji zamówienia w stosunku do siedziby firmy PROTE, dzięki czemu zminimalizowano koszty związane z transportem sprzętu i logistyką oraz zoptymalizowano wszelkie koszty delegacji pracowników. Dodatkowo, stosowany przez nas sprzęt niezbędny do rekultywacji jeziora, ze względu na kompaktowe wymiary i jego wysoką mobilność, umożliwiające całkowite ograniczenie ewentualnych kosztów związanych z jego zabezpieczeniem i potrzebą organizacją ochrony w miejscu prac. ▪ Posiadaniem przez spółkę PROTE własnych magazynów, w których można bezpiecznie przechowywać zakupioną do rekultywacji chemię i preparaty. Ograniczono w ten sposób koszty związane z wynajęciem powierzchni magazynowych na ten cel oraz wyeliminowano koszty ochrony i zabezpieczenia substancji przez pracowników ochrony bezpośrednio nad jeziorem. ▪ Koszty materiałów, które wskazane zostały w SWZ jako niezbędne i umożliwiające wykonanie przedmiot zamówienia przyjęto w oparciu o oferty cenowe oraz powszechnie dostępne informacje na temat bieżących cen rynkowych. Natomiast dzięki wieloletniej współpracy z wieloma dostawcami, jesteśmy w stanie uzyskać rabaty pozwalające na zakup materiałów po cenach indywidualnych, niższych, niż średnie ceny rynkowe. Biorąc pod uwagę powyższe argumenty, dla sporządzenia oferty przyjęto następujące koszty:

1. Firma PROTE dysponuje własną łodzią wraz z osprzętem niezbędnym do realizacji zabiegów aeracji mobilnej. Zatem koszty sprzętowe w tym zakresie związane są wyłącznie z transportem jednostki pływającej z magazynu spółki PROTE do miejsca prowadzonych prac. Uwzględniając one trzykrotny transport łodzi do mobilnej aeracji z Poznania na zbiornik Trzesiecko, co zostało wycenione przez firmę El-Rem, kooperującą z PROTE od wielu lat, na kwotę 9.600,00 zł netto. Oferta transportu łodzi przedstawiona została jako dowód w załączniku nr 1.
2. Zakup związków chemicznych, tj. chlorku magnezu, wskazanych przez Zamawiającego w ilości 13,3 tony, które zostaną wykorzystane do zabiegów aeracji, nasz dostawca, firma Eko-Chemia, wycenił na kwotę łączną 23.222,00 zł netto, przy czym powyższa cena uwzględnia również koszt dostawy zamówienia na nasz poznański magazyn. Oferta została załączona jako dowód w załączniku nr 2.
3. W zaproponowanej Państwu ofercie cenowej uwzględniono również koszty badań zmienności powierzchniowej i objętościowej zawartości związku fosforu w wodzie na kilkunastu stanowiskach badawczych rozlokowanych na całej powierzchni jeziora Trzesiecko (przed i po aplikacjach) wraz z wykonaniem mapy ich zmienności. Pobrane próbki będą badane w specjalistycznym laboratorium chemicznym Zakładu Ochrony Wód (Uniwersytet Adama Mickiewicza w Poznaniu), w zakresie zawartości fosforu. W kalkulacji przyjęto konieczność wykonania około 200 analiz chemicznych, których łączną wartość oszacowano na około 20.000,00 zł netto.
4. Wszelkie inne prace, w tym przygotowanie preparatu do aplikacji, zabezpieczenie terenu, pobór próbek do analiz, wykonanie trzech zabiegów aeracji mobilnej na jeziorze oraz prace projektowe i dokumentacyjne, PROTE wykona siłami własnymi bez udziału kooperantów, przy użyciu własnego sprzętu i pracowników. Koszt ww. robót uwzględniający wynagrodzenie za pracę kierowników projektu, ekspertów, specjalistów, pracowników technicznych obsługujących m.in. łódź do mobilnej aeracji i pozostały osprzęt, koszty eksploatacyjne w tym paliwo do maszyn, urządzeń i pojazdów, delegacje, koszty wszelkiego transportu pracowników, noclegi oraz inne drobne prace towarzyszące, skalkulowano na poziomie netto 34.134 zł. Ponadto cena ofertowa zawiera również koszty pośrednie realizacji prac na poziomie ok. 15 % (ok. 13.043 zł netto), m.in. koszty ubezpieczenia, koszty zabezpieczenia, koszty zarządu, wewnętrzne koszty logistyczne, koszty administracyjne itp., które zostały uwzględnione w złożonej ofercie oraz zysk w wysokości ok. 20 % (ok. 20.000 zł netto). (...) Oświadczamy również, że oferta cenowa złożona w przedmiotowym postępowaniu została skalkulowana w sposób właściwy, zawiera założony zysk, a zakres rzeczowy zostanie zrealizowany zgodnie z dokumentacją przetargową. Mając na uwadze powyższe wyjaśnienia oraz zaprezentowane argumenty mamy nadzieję, iż pozwalają one Państwu jednoznacznie stwierdzić, iż brak jest podstaw do uznania, że oferta złożona przez Wykonawcę w niniejszym postępowaniu zawiera rażąco niską cenę.”

Do ww. pisma załączono:

- jako załącznik 1 - obraz (skan) pisma datowanego na 29 marca 2023 r., podpisanego przez Sebastiana Przydanek, o treści „W związku z zapytaniem z dnia 27.03.2023 r. na wykonanie usługi transportu łodzi płaskodennej z Poznania do Szczecinka, koszt jednego transportu wyceniam na 1600,00 zł netto (1968,00 zł brutto).”
- jako załącznik 2 – obraz (skan) wydruku listu elektronicznego wysłanego w dniu 2 marca 2023 r. z adresu biuro@eko-

chemia.pl o treści „Witam Dziękuję za zapytanie. Na chwilę obecną mogę zaferować: - CHLOREK MAGNEZU 3,00 zł netto/kg (worki po 25 kg). Warunki płatności: przedpłata 100% Termin realizacji: do 7 dni roboczych od daty złożenia zamówienia lub spłaty wymagalnych należności. Oferta ważna: do odwołania LUB WYCZERPANI/ ZAPASÓW. Obowiązują Ogólne Warunki Sprzedaży są dostępne na stronie dostawcy. Cena zawiera koszty transportu (DAP zgodnie z Incoterms 2010). W przypadku zamówienia poniżej minimum logistycznego, doliczony będzie koszt wysyłki kurierskiej w wysokości ryczałtu. Podane ceny są cenami netto, do których należy doliczyć podatek VAT zgodnie z obowiązującymi stawkami podatku od towarów i usług. DPPL/beczki/kanistry z certyfikatem UN polegają zwrotowi. Brak zwrotu opakowań może wiązać z opłatą. Więcej szczegółów w OWS.”.

W dniu 19 kwietnia 2023 r. Zamawiający przekazał Przystępującemu pismo o treści „Wezwanie do złożenia dokumentów Miasto Szczecinek na podstawie art. 274 ust. 1 ustawy z dnia 11 września 2019 r. Prawo zamówień publicznych (Dz. U. z 2022 r. poz. 1710 z późn. zm.) wzywa do złożenia, aktualnych na dzień złożenia następujących podmiotowych środków dowodowych potwierdzających brak podstaw wykluczenia oraz spełnianie warunków udziału w postępowaniu, o których mowa w sekcji XXII SWZ, w terminie do dnia 27-04-2023, godz. 10:00 (...) 4. Wykazu dostaw lub usług wykonanych, a w przypadku świadczeń powtarzających się lub ciągłych również wykonywanych, w okresie ostatnich 3 lat, a jeżeli okres prowadzenia działalności jest krótszy - w tym okresie, wraz z podaniem ich wartości, przedmiotu, dat wykonania i podmiotów, na rzecz których dostawy lub usługi zostały wykonane lub są wykonywane, oraz załączeniem dowodów określających, czy te dostawy lub usługi zostały wykonane lub są wykonywane należycie, przy czym dowodami, o których mowa, są referencje bądź inne dokumenty sporządzone przez podmiot, na rzecz którego dostawy lub usługi zostały wykonane, a w przypadku świadczeń powtarzających się lub ciągłych są wykonywane, a jeżeli wykonawca z przyczyn niezależnych od niego nie jest w stanie uzyskać tych dokumentów - oświadczenie wykonawcy; w przypadku świadczeń powtarzających się lub ciągłych nadal wykonywanych referencje bądź inne dokumenty potwierdzające ich należyte wykonywanie powinny być wystawione w okresie ostatnich 3 miesięcy. Wzór wykazu wykonanych usług stanowi Załącznik Nr 5 do SWZ”.

Przystępujący przekazał Zamawiającemu wykaz usług sporządzony według wzoru stanowiącego załącznik nr 5 do SWZ, o treści „Składając ofertę w postępowaniu o udzielenie zamówienia publicznego prowadzonym w trybie w trybie podstawowym bez negocjacji na wykonanie trzech zabiegów aeracji mobilnej na jeziorze Trzesiecko w 2023 roku, nr I.271.3.2023, oświadczamy, że w okresie ostatnich trzech lat, zrealizowaliśmy następujące zamówienia w zakresie niezbędnym do wykazania spełniania warunku, dotyczącego zdolności technicznej lub zawodowej:

Lp.	Opis wykonanych usług (przedmiot zamówienia)	Data wykonania usług (data rozpoczęcia-data zakończenia)	Podmioty, na rzecz których usługi zostały wykonane lub są wykonywane	Wartość wykonanej usługi	Doświadczenie własne /oddane do dyspozycji
1.	Wykonanie rekultywacji wód powierzchniowych Jeziora Maltańskiego w Poznaniu, w okresie od marca 2022 roku do listopada 2022 r. zgodnie z zakresem przedmiotu umowy nr DGN.431.1.2022 z dnia 16.02.2022 r.	16.02.2022 - 08.12.2022	Poznańskie Ośrodki Sportu i Rekreacji	107 460,00 zł brutto	własne
2.	Wykonanie rekultywacji wód powierzchniowych Jeziora Maltańskiego w Poznaniu, w okresie od maja 2021 roku do listopada 2021 r. zgodnie z zakresem przedmiotu umowy nr DGN.431.3.2021 z dnia 31.05.2021 r.	31.05.2021 - 30.11.2021	Poznańskie Ośrodki Sportu i Rekreacji	104 760,00 zł brutto	własne
3.	Wykonanie rekultywacji wód powierzchniowych Jeziora Maltańskiego w Poznaniu poprzez wykonanie co najmniej dziewięciu zabiegów mobilnej aeracji pulweryzacyjnej z precyzyjną inaktywacją fosforu preparatem PIX (siarczan żelaza(III))	23.03.2020 - 30.11.2020	Poznańskie Ośrodki Sportu i Rekreacji	63 720,00 zł brutto	własne

Wymienione w ww. wykazie usługi polegające na wykonaniu rekultywacji wód powierzchniowych Jeziora Maltańskiego w Poznaniu „w okresie od maja 2021 roku do listopada 2021 r.” oraz „w okresie od marca 2022 roku do listopada 2022 r.” wykonywane były poprzez wykonanie aeracji mobilnej z precyzyjną inaktywacją fosforu.

W dniu 27 kwietnia 2023 r. Zamawiający opublikował dokument zatytułowany „Informacja o wyborze najkorzystniejszej oferty” o treści „zamówień publicznych (Dz. U. z 2022 r. poz. 1710 z późn. zm.) informuje, że jako najkorzystniejsza wybrana została oferta: 1. Nazwa /firmy/ wykonawcy: PROTE-Technologie dla Środowiska Sp. z o.o. 2. Siedziba wykonawcy: ul. Franciszka Firlika 26, 60-692 Poznań. 3. Uzasadnienie wyboru: Oferta uzyskała największą ilość punktów zgodnie z SWZ. 4. Nazwy /firm/ wykonawców i siedziby wykonawców, którzy złożyli oferty, a także punktacja przyznana ofertom w każdym kryterium oceny ofert i łączna punktacja:

Numer oferty	Nazwa i adres wykonawcy	kryterium- cena oferty brutto- 60%	kryterium - czas na przystąpienie do rozpoczęcia usług - 20%	kryterium- przedłużenie minimalnego okresu gwarancji jakości - 20 %	Łączna punktacja
--------------	-------------------------	------------------------------------	--	---	------------------

1	A. O., Staniew 19, 63-720 Kozmin Wielkopolski	36,20	20,00	20,00	76,20
2	PROTE-Technologie dla Środowiska Sp. z o.o., ul. Franciszka Firlika 26 60-692 Poznań	60,00	20,00	20,00	100,00

Ustalając stan faktyczny Izba oparła się na dokumentach zawartych w dokumentacji Postępowania oraz złożonego na rozprawie dokumentu zatytułowanego „Referencje uzupełnienie”.

Pozostałe dokumenty załączone do odwołania, odpowiedzi na odwołanie oraz złożone na rozprawie Izba pominęła, mając na uwadze, że zgodnie z art. 531 Pzp „przedmiotem dowodu są fakty mające dla rozstrzygnięcia sprawy istotne znaczenie”, a rzeczony dokumenty nie służyłyby ustaleniu takich faktów.

W szczególności wobec ustalenia, że wymienione w przekazanym Zamawiającemu przez Przystępującego wykazie usług sporządzonym według wzoru stanowiącego załącznik nr 5 do SWZ usługi polegające na wykonaniu rekultywacji wód powierzchniowych Jeziora Maltańskiego w Poznaniu „w okresie od maja 2021 roku do listopada 2021 r.” oraz „w okresie od marca 2022 roku do listopada 2022 r.” wykonywane były poprzez wykonanie aeracji mobilnej z precyzyjną inaktywacją fosforu, bez znaczenia dla rozstrzygnięcia sprawy były dokumenty, które miałyby służyć ustaleniu, na czym polega wykonywanie „zabiegów aeracji mobilnej z precyzyjną inaktywacją fosforu”.

Izba zważyła, co następuje:

Izba stwierdziła, że Odwołującemu przysługiwało prawo do skorzystania ze środka ochrony prawnej w świetle art. 505 ust. 1 Pzp oraz że nie zachodzi żadna z przesłanek skutkujących odrzuceniem odwołania, określonych w art. 528 Pzp, w szczególności że odwołanie nie zostało wniesione po upływie terminu określonego w Pzp.

Po zapoznaniu się z argumentacją stron i uczestnika postępowania odwoławczego, wyrażoną w odwołaniu i odpowiedzi na odwołanie oraz przedstawioną w trakcie rozprawy w dniu 18 maja 2023 roku, Izba uznała, że odwołanie zasługuje na uwzględnienie w części.

Zarzut naruszenia „art. 266 PZP w zw. z art. 226 ust. 1 pkt 8 PZP w zw. z art. 224 ust. 6 PZP w zw. z art. 16 pkt 1 PZP” był uzasadniony w zakresie naruszenia art. 226 ust. 1 pkt 8) w związku z art. 224 ust. 6 w związku z art. 266 Pzp.

Przed wszystkim należy wskazać, że odwołanie rozpoznawane przez Izbę w niniejszej sprawie nie zostało wniesione na czynność żądania od Przystępującego wyjaśnień, w tym złożenia dowodów w zakresie wyliczenia ceny, a przedstawione w nim okoliczności faktyczne i prawne uzasadniające wniesienie odwołania w zakresie zarzutu dotyczącego zaniechania dokonania czynności odrzucenia oferty Przystępującego nie obejmują kwestii ustalenia wartości zamówienia w Postępowaniu. Izba nie była zatem uprawniona do oceny zgodności z przepisami Pzp ustalenia tej wartości oraz czynności żądania od Przystępującego wyjaśnień, w tym złożenia dowodów w zakresie wyliczenia ceny, a wywody stron i uczestnika postępowania odwoławczego w tym zakresie nie mogły być brane pod uwagę.

Zważywszy, że odwołanie rozpoznawane przez Izbę w niniejszej sprawie zostało wniesione na zaniechanie dokonania czynności odrzucenia oferty Przystępującego, ocenie Izby podlegała zgodność z przepisami Pzp rzeczowego zaniechania w zakresie przedstawionych w ww. odwołaniu okoliczności faktycznych i prawnych uzasadniających wniesienie odwołania w zakresie tego zarzutu.

Wymaga podkreślenia, że dokonując przedmiotowej oceny Izba bada prawidłowość dokonanej przez zamawiającego oceny złożonych mu wyjaśnień i dowodów w zakresie wyliczenia ceny. Nie dokonuje zaś - uzupełniając czy zastępując czynność Zamawiającego - oceny złożonych przez wykonawcę w postępowaniu odwoławczym wyjaśnień i dowodów w zakresie wyliczenia ceny, które nie były znane zamawiającemu w chwili dokonywania oceny złożonych mu wyjaśnień i dowodów w zakresie wyliczenia ceny. Wynika to z art. 555 Pzp, zgodnie z którym „Izba nie może orzekać co do zarzutów, które nie były zawarte w odwołaniu”. W konsekwencji wykonawca, który nie miał możliwości zawarcia we wniesionym odwołaniu zarzutów w zakresie wyjaśnień i dowodów w zakresie wyliczenia ceny złożonych po wniesieniu tego odwołania, w postępowaniu odwoławczym nie ma możliwości skutecznego przedstawienia zarzutów w zakresie tych wyjaśnień i dowodów. Wykonawca pozbawiony zatem byłby takiej możliwości, gdyby Izba dokonywała oceny zasadności odwołania na zaniechanie dokonania czynności odrzucenia oferty na podstawie oceny takich wyjaśnień i dowodów – taka sytuacja oczywiście nie może występować.

Należy wskazać, że z art. 224 ust. 5 Pzp, zgodnie z którym „obowiązek wykazania, że oferta nie zawiera rażąco niskiej ceny lub kosztu spoczywa na wykonawcy”, wynika domniemanie, że wykonawca, od którego zamawiający zażądał wyjaśnień, w tym złożenia dowodów w zakresie wyliczenia ceny, o których mowa w art. 224 ust. 1 Pzp (stanowiącym, iż „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”), zaferował cenę rażąco niską. W konsekwencji składane przez wykonawcę w wykonaniu takiego żądania wyjaśnienia i dowody na ich poparcie, muszą obalić owo domniemanie. Jeżeli wykonawca ciężaru obalenia domniemania rażąco niskiej ceny w postępowaniu przed zamawiającym nie udźwignie, to jego oferta podlega odrzuceniu (tak w uzasadnieniu wyroku Krajowej Izby Odwoławczej z dnia 7 lutego 2022 roku, wydanego w postępowaniu o sygn. KIO 173/22, podobnie w uzasadnieniu wyroku z dnia 11 lutego 2022 roku, wydanego w postępowaniu o sygn. KIO 224/22).

Nie może ulegać wątpliwości, że pismo datowane na 6 kwietnia 2023 r. stanowiło żądanie od Przystępującego wyjaśnień, w tym złożenia dowodów w zakresie wyliczenia ceny, o których mowa w art. 224 ust. 1 Pzp. Podzielając stanowisko Odwołującego stwierdzić przy tym należy, że z treści tego pisma wynika, jakie są oczekiwania Zamawiającego „co do wyjaśnienia ceny zawartej w ofercie” – Przystępujący miał złożyć wyjaśnienia, w tym dowody, „w zakresie wyliczenia ceny ofertowej brutto, w szczególności w zakresie: 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 10.10.2002 r. o minimalnym wynagrodzeniu za pracę (Dz.U. z 2020 r. poz. 2207) lub przepisów odrębnych właściwych dla spraw, z którymi związane jest realizowane zamówienie; 5) zgodności z przepisami z zakresu prawa pracy i zabezpieczenia społecznego, obowiązującymi w miejscu, w którym realizowane jest zamówienie; 6) zgodności z przepisami z zakresu ochrony środowiska” i przedstawić „szczegółowe kalkulacje ceny oferty /zawierające wszystkie koszty cenotwórcze/ w tym koszty materiałów, koszty używanego sprzętu do realizacji usługi oraz przedstawienie kosztów przeprowadzenia badań zmienności zawartości fosforu”.

Jak wskazała Izba w uzasadnieniu wyroku z dnia 20 stycznia 2023 r., wydanego w postępowaniu o sygn. KIO 50/23, „ocena wyjaśnień złożonych przez wykonawcę nie może następować w oderwaniu od treści wezwania jakie do niego skierowano, to treść wezwania determinuje bowiem wymagany zakres odpowiedzi. Wykonawca ma obowiązek udzielić wyczerpujących odpowiedzi na pytania, jakie w treści wezwania do niego skierowano, tak aby zamawiający mógł ustalić, że określone elementy zamówienia, koszty czy inne czynniki, które zamawiający uważa za istotne, a których obowiązek uwzględnienia znajduje oparcie w dokumentach zamówienia, zostały przez wykonawcę wzięte pod uwagę podczas kalkulacji ceny ofertowej. Wyjaśnienia wykonawcy muszą czynić zadość wezwaniu i z nim korelować, zwłaszcza w sytuacji, gdy zamawiający wskazał konkretnie elementy składowe ceny, które należy wyjaśnić.”

Dokonując oceny prawidłowości oceny złożonych przez wykonawcę wyjaśnień i dowodów w zakresie wyliczenia ceny należało zatem mieć na względzie, że Zamawiający żądał od Przystępującego przedstawienia „szczegółowych kalkulacji ceny oferty”, zawierających „wszystkie koszty cenotwórcze”, w tym „koszty materiałów” i „koszty używanego sprzętu do realizacji usługi”.

Trafnie podniósł Odwołujący, że w złożonych przez Przystępującego wyjaśnieniach w zakresie wyliczenia ceny pismem z dnia 13 kwietnia 2023 r. nie uwzględniono „kosztu transportu chlorku magnezu z magazynu w Poznaniu do miejsca wykonywania usługi”. Nie ulega wątpliwości, że wykonanie usługi trzech zabiegów aeracji mobilnej na jeziorze Trzesiecko wymaga, aby substancja, która będzie używana przy jej wykonywaniu (z ww. pisma wynika, że będzie to chlorek magnezu), została przetransportowana nad jezioro Trzesiecko. W ww. wyjaśnieniach Przystępujący wskazał, że cena zakupu chlorku magnezu „uwzględni również koszt dostawy zamówienia na nasz poznański magazyn”, z czego wynika, że Przystępujący będzie musiał przetransportować chlorek magnezu z owego magazynu w Poznaniu nad jezioro Trzesiecko, a zatem ponieść związane z tym koszty. O kosztach takich nie ma zaś mowy ani w ww. piśmie Przystępującego 13 kwietnia 2023 r., ani w piśmie datowanym na 29 marca 2023 r., którego obraz (skan) stanowił załącznik 1 do pisma z 13 kwietnia 2023 r.

Brak jest podstaw do kwestionowania przedstawionych na rozprawie twierdzeń Przystępującego, iż chlorek magnezu będzie transportowany razem z łodzią płaskodenną, o której mowa w ww. piśmie datowanym na 29 marca 2023 r. Należy jednak zauważyć, że w datowanym na 17 maja 2023 r. piśmie podpisanym przez Sebastiana Przydanek, którego kopię Przystępujący złożył na rozprawie, mowa jest wyłącznie o „możliwości transportu łodzi płaskodennej razem z około pięcioma tonami chlorku magnezu podczas realizacji jednorazowej usługi”. Nie wynika z niego, aby podany w ww. piśmie datowanym na 29 marca 2023 r. „koszt jednego transportu” (wynoszący 1600 zł netto) obejmował wykonanie usługi transportu łodzi płaskodennej z Poznania do Szczecinka „razem z około pięcioma tonami chlorku magnezu”.

Biorąc pod uwagę, że w ww. piśmie z dnia 13 kwietnia 2023 r. nie ma mowy o kosztach transportu chlorku magnezu z „poznańskiego magazynu” Przystępującego nad jezioro Trzesiecko, ani treść tego pisma, ani twierdzenia Przystępującego przedstawione na rozprawie i treść ww. pisma z dnia 17 maja 2023 r. nie uzasadniają przyjęcia, że złożone przez Przystępującego w Postępowaniu wyjaśnienia i dowód w zakresie „kosztów transportu łodzi do mobilnej

aeracji z Poznania na zbiornik Trzesiecko" – mających wynosić 9.600 zł netto – obejmowały koszty transportu chlorku magnezu z magazynu Przystępującego w Poznaniu nad jezioro Trzesiecko. Należało zatem uznać, że w zakresie tych kosztów wyjaśnień i dowodów w zakresie wyliczenia ceny Przystępujący nie złożył.

Zasadne jest również twierdzenie Odwołującego, że w złożonych przez Przystępującego wyjaśnieniach w zakresie wyliczenia ceny pismem z dnia 13 kwietnia 2023 r. nie uwzględniono kosztu zakupu chlorku magnezu „w wysokości zgodnej z ofertą załączoną do tych wyjaśnień”.

Przedstawione na rozprawie twierdzenia Przystępującego, iż rzeczywista cena chlorku magnezu, jaką będzie on płacił, to 1.746 zł/tonę oraz że „przy składaniu wyjaśnień rażąco niskiej ceny nastąpiła oczywista omyłka w zakresie załącznika nr 2” (w którym cenę chlorku magnezu określono na 3 zł/kilogram) nie mogą być uznane za wiarygodne. Należy zauważyć, że Przystępujący jednocześnie na rozprawie stwierdził, że „same wyjaśnienia są prawidłowe”; w tych wyjaśnieniach jako „dostawca” chlorku magnezu została wskazana „firma Eko-Chemia”, oraz że cena 23.222 zł netto „uwzględnia również koszt dostawy zamówienia na” „poznński magazyn” Przystępującego. List elektroniczny z 27 marca 2023 r., którego wydruk Przystępujący złożył na rozprawie, w którym podana została cena 1.746 zł/tonę, pochodzi zaś od osoby reprezentującej distripark.com spółka z ograniczoną odpowiedzialnością z siedzibą w Brzegu Dolnym – czyli inny podmiot niż „firma Eko-Chemia”. Z treści tego listu nie wynika przy tym, aby cena ta obejmowała koszty transportu chlorku magnezu do magazynu Przystępującego w Poznaniu. Nie sposób zatem przyjąć, że list ten potwierdza, że – jak wskazano w ww. piśmie z 13 kwietnia 2023 r. – „zakup związków chemicznych, tj. chlorku magnezu, wskazanych przez Zamawiającego w ilości 13,3 tony, które zostaną wykorzystane do zabiegów aeracji, nasz dostawca, firma Eko-Chemia, wycenił na kwotę łączną 23.222,00 zł netto, przy czym powyższa cena uwzględnia również koszt dostawy zamówienia na nasz poznański magazyn”.

Niewątpliwie jest, że w liście elektronicznym wysłanym w dniu 2 marca 2023 r., którego wydruk obraz (skan) stanowił załącznik 2 do ww. pisma z 13 kwietnia 2023 r., cena chlorku magnezu została określona na 3 zł/kilogram netto. W konsekwencji – jak trafnie podniósł Odwołujący – koszt zakupu 13,3 tony chlorku magnezu wyniósłby 39.900 złotych netto, a nie 23.222 złotych netto, jak wskazano w wyjaśnieniach.

Nie kwestionując twierdzeń Odwołującego, iż „Produkty zawierające chlorek magnezu występują standardowo w sprzedaży w formie uwodnionej (tzw.hydraty) $MgCl_2 \cdot 6H_2O$. Począwszy od operatu wodnoprawnego, poprzez pozwolenie wodnoprawne oraz SWZ zawsze mowa jest o „chlorku magnezu” (nie uwodnionym chlorku magnezu czy hydracie).” oraz że „Zwyczaj zawartość $MgCl_2$ w produktach dostępnych na rynku wynosi około 47% (45-50%). Aby uzyskać zakładaną dawkę związku chemicznego (zakładając uśrednione 47%), należy zużyć zamiast 1 tony, aż 2,13 tony produktu uwodnionego (łącznie niespełna 28,3 tony na całe zamówienie).”, wywody dotyczące „przeliczenia ilości potrzebnego hydratu, aby uzyskać pełną, wymaganą dokumentami postępowania dawkę $MgCl_2$ ” Izba uznała za bez znaczenia dla rozstrzygnięcia sprawy, mając na uwadze, że w odwołaniu wniesionym w niniejszej sprawie nie twierdzono, że kalkulując cenę oferty Przystępujący powinien uwzględnić koszt zakupu 28,3 tony hydratu za cenę 3 zł/kilogram, a z treści tego odwołania wynika wręcz, że Przystępujący powinien kalkulować 13,3 tony $MgCl_2$ po 3 zł/kilogram netto.

Trafnie podniesiono w odwołaniu, że w złożonych przez Przystępującego wyjaśnieniach w zakresie wyliczenia ceny zawartych w ww. piśmie z dnia 13 kwietnia 2023 r. nie uwzględniono „czasu i kosztu związanego z eksploatacją i bieżącymi naprawami łodzi płaskodennej”. Oczywiście jest, że w sytuacji, gdy – jak wynika z ww. pisma - usługa trzech zabiegów aeracji mobilnej na jeziorze Trzesiecko ma być wykonywana przy użyciu łodzi (płaskodennej), wyposażonej w silnik zaburtowy, Przystępujący będzie musiał ponieść koszty jej eksploatacji. Nie było sporne, że koszty te obejmują koszty zakupu paliwa i serwisowania silnika zaburtowego.

Podzielić należało także twierdzenia Odwołującego, że ww. pismo z dnia 13 kwietnia 2023 r. nie zawiera informacji na temat szacowanego czasu wykonywania usługi oraz prac towarzyszących ani „wyceny zaangażowania pracowników w ww. czynności, ilu tych pracowników będzie, jakie koszty pochłoną ich dojazdy lub noclegi na miejscu, delegacje, praca w soboty i niedziele”.

Aczkolwiek niewątpliwie jest, że Przystępujący wskazał w ww. piśmie kwotę 34.134 zł netto, ale jak wynika z jego treści obejmuje ona „wynagrodzenie za pracę kierowników projektu, ekspertów, specjalistów, pracowników technicznych obsługujących m.in. łódź do mobilnej aeracji i pozostały osprzęt, koszty eksploatacyjne w tym paliwo do maszyn, urządzeń i pojazdów, delegacje, koszty wszelkiego transportu pracowników, noclegi oraz inne drobne prace towarzyszące”, a zatem nie jest wiadome, jaką część tej kwoty stanowią „koszty eksploatacyjne” przedmiotowej łodzi, w tym koszty paliwa do niej, „wynagrodzenie za pracę kierowników projektu, ekspertów, specjalistów, pracowników technicznych obsługujących m.in. łódź do mobilnej aeracji i pozostały osprzęt” czy „delegacje, koszty wszelkiego transportu pracowników, noclegi”.

Przedstawione przez Przystępującego na rozprawie twierdzenie o wysokości założonych kosztów: 16.800 zł na

wynagrodzenie pracowników, 3.000 zł na dojazdy, 4.500 zł na noclegi, około 1.800 zł na delegacje, około 1.350 zł na paliwo do silnika oraz około 6.000 zł na inne wydatki nie może być brane pod uwagę, ponieważ, jak wynika z oświadczenia samego Przystępującego, wyliczenie tych kwot zostało przygotowane „wyłącznie na potrzeby sprawy”, a kwota 34.134 zł „była buforem założonym przez Przystępującego” i „założeniem wykonawcy na podstawie doświadczenia z Jeziora Maltańskiego, nie była obliczona”, co oznacza, że przed złożeniem ww. pisma Przystępujący nie określił, że na potrzeby wyliczenia ceny należy przyjąć kwotę 16.800 zł jako koszty wynagrodzeń pracowników, kwotę 3.000 zł jako koszt dojazdów, kwotę 4.500 zł jako koszt noclegów, kwotę około 1.800 zł jako koszt delegacji czy kwotę około 1.350 zł jako koszty paliwa do łodzi, oraz że na etapie oceny przez Zamawiającego złożonych przez Przystępującego wyjaśnień w zakresie wyliczenia ceny wysokość poszczególnych kosztów objętych kwotą 34.134 zł nie była znana zarówno Zamawiającemu, jak i samemu Przystępującemu.

Nie ma więc podstaw do ustalenia, jaką część kwoty 34.134 zł netto stanowią koszty eksploatacji łodzi, koszty wynagrodzeń pracowników, koszty dojazdów, koszty noclegów czy koszty delegacji. W konsekwencji zdaniem Izby należało uznać, że w ww. piśmie Przystępującego z dnia 13 kwietnia 2023 r. nie określono wysokości kosztów eksploatacji łodzi, wynagrodzeń pracowników, dojazdów, noclegów i delegacji.

W ocenie Izby nie zasługiwało na podzielenie w pełni stanowisko Odwoływającego, że zawarte w ww. piśmie z dnia 13 kwietnia 2023 r. wyjaśnienia Przystępującego „są wewnątrznie sprzeczne”. Aczkolwiek Przystępujący twierdził w nim, że „w realizacji zamówienia nie będą brali udziału podwykonawcy”, a jednocześnie wynika z niego, że Przystępujący będzie korzystać z podwykonawców w zakresie transportu łodzi i „badań zmienności powierzchniowej i objętościowej zawartości związku fosforu w wodzie”, co jest oczywistą sprzecznością, to w odwołaniu nie wskazano, dlaczego okoliczność, że posiadany przez Przystępującego sprzęt jest „nowoczesny i oszczędny” powoduje, że nie może on być „już zamortyzowany”.

Oczywiście zasadne jest twierdzenie, że wyjaśnienia Przystępującego „zostały poparte dowodami wyłącznie w zakresie dwóch ofert”. Nie ulega wątpliwości, że wraz z ww. pismem z dnia 13 kwietnia 2023 r. Przystępujący złożył wyłącznie dwa dowody - dotyczące kosztów transportu łodzi (załącznik 1) i kosztów zakupu chlorku magnezu (załącznik 2); nie złożył zaś dowodów dotyczących innych kosztów.

W sytuacji, gdy w ww. piśmie koszty zakupu chlorku magnezu zostały określone w wysokości niższej niż powinny, a także nie określono w nim kosztów: transportu chlorku magnezu z magazynu Przystępującego w Poznaniu nad jezioro Trzesiecko, eksploatacji łodzi, przy użyciu której ma być wykonywana usługa, wynagrodzeń pracowników, którzy mają ją wykonywać oraz ich dojazdów, noclegów i delegacji, nie sposób uznać, by Przystępujący zadośćuczynił wyrażonemu w datowanym na 6 kwietnia 2023 r. piśmie Zamawiającego zatytułowanym „Wezwanie do wyjaśnienia rażąco niskiej ceny” żądaniu przedstawienia szczegółowych kalkulacji ceny oferty, zawierających „wszystkie koszty cenotwórcze”, w tym „koszty materiałów” i „koszty używanego sprzętu do realizacji usługi”.

Określenie w ww. piśmie z 13 kwietnia 2023 r. kosztów zakupu chlorku magnezu w wysokości niższej niż powinny uzasadniało uznanie złożonych przez Przystępującego wyjaśnień w zakresie wyliczenia ceny za nierzetelne, a brak określenia w tym piśmie kosztów: transportu chlorku magnezu z magazynu Przystępującego w Poznaniu nad jezioro Trzesiecko, eksploatacji łodzi, przy użyciu której ma być wykonywana usługa, wynagrodzeń pracowników, którzy mają ją wykonywać oraz ich dojazdów, noclegów i delegacji - iż wyjaśnienia te są niewyczerpujące. Wszystkie te uchybienia, biorąc pod uwagę także niezłożenie przez Przystępującego dowodów w zakresie tych kosztów (z wyłączeniem kosztów zakupu chlorku magnezu) nakazują przyjęcie, że rzeczony wyjaśnienia nie były adekwatne do treści ww. żądania.

Mając przy tym na uwadze, że cena oferty Przystępującego (wynosząca 129.600 złotych brutto) jest mniejsza niż suma podanych w ww. piśmie z 13 kwietnia 2023 r. kosztów transportu łodzi (wynoszących 9.600 złotych netto), kosztów badań zmienności powierzchniowej i objętościowej zawartości związku fosforu w wodzie (wynoszących około 20.000 złotych netto) kosztów wszelkich innych prac (wynoszących 34.134 złotych netto) oraz koszty pośrednie realizacji prac (wynoszących około 13.043 złotych netto), powiększonych o koszt zakupu chlorku magnezu, jakie powinny zostać podane (w wysokości 39.900 złotych netto) oraz zysk (wynoszący ok. 20.000 złotych netto), wynoszącej łącznie 136.677 złotych i to bez podatku od towarów i usług, w konsekwencji Izba uznała, że złożone przez Przystępującego w Postępowaniu wyjaśnienia i dowody w zakresie wyliczenia ceny nie uzasadniają ceny podanej w jego ofercie, a zatem iż zaszła sytuacja wypełniająca hipotezę normy wynikającej z art. 224 ust. 6 Pzp.

Zgodnie z art. 226 ust. 1 pkt 8) Pzp, „zamawiający odrzuca ofertę, jeżeli zawiera rażąco niską cenę lub koszt w stosunku do przedmiotu zamówienia”. Stosownie do art. 224 ust. 6 Pzp, „odrzuconiu, 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”. Art. 266 Pzp stanowi zaś, że „do przygotowania i prowadzenia przez zamawiających publicznych postępowań o udzielenie zamówienia klasycznego o wartości mniejszej niż progi unijne stosuje się przepisy działu II, z wyjątkiem przepisów art. 83, art. 86, art. 87 ust. 3, art. 88-90, art.

97 ust. 2, art. 124, art. 125 ust. 2 i 6, art. 126, art. 127 ust. 1, art. 129, art. 130, art. 132-188, art. 220, art. 227 ust. 1, art. 257, art. 264 i art. 265, chyba że przepisy niniejszego działu stanowią inaczej”. Zgodnie z art. 16 pkt 1) Pzp, „zamawiający przygotowuje i przeprowadza postępowanie o udzielenie zamówienia w sposób zapewniający zachowanie uczciwej konkurencji oraz równe traktowanie wykonawców”.

W tym stanie rzeczy Zamawiający powinien odrzucić ofertę Przystępującego na podstawie art. 226 ust. 1 pkt 8) w związku z art. 224 ust. 6 w związku z art. 266 Pzp, a zaniechanie dokonania tej czynności stanowiło naruszenie tych przepisów.

Naruszenie to miało istotny wpływ na wynik Postępowania, gdyż oferta Przystępującego została w nim wybrana jako najkorzystniejsza, co nie mogłoby nastąpić, gdyby Zamawiający nie dopuścił się tego naruszenia.

Powyższe uzasadniało uwzględnienie odwołania i nakazanie Zamawiającemu unieważnienia czynności wyboru oferty najkorzystniejszej oraz powtórzenie czynności badania i oceny ofert, w tym odrzucenie oferty Przystępującego na podstawie art. 226 ust. 1 pkt 8) w związku z art. 224 ust. 6 w związku z art. 266 Pzp.

Zarzut naruszenia „art. 266 PZP w zw. z art. 226 ust. 1 pkt 8 PZP w zw. z art. 224 ust. 6 PZP w zw. z art. 16 pkt 1 PZP” w zakresie naruszenia art. 16 pkt 1) Pzp nie był uzasadniony.

Zgodnie z art. 16 pkt 1) Pzp, „zamawiający przygotowuje i przeprowadza postępowanie o udzielenie zamówienia w sposób zapewniający zachowanie uczciwej konkurencji oraz równe traktowanie wykonawców”.

W ocenie Izby z treści odwołania nie wynika jednoznacznie, dokonanie jakiej czynności bądź zaniechanie dokonania jakiej czynności „stanowi przejaw prowadzenia postępowania z naruszeniem zasady uczciwej konkurencji”. Odwołujący nie przedstawił zaś szerzej okoliczności faktycznych i prawnych wskazujących na naruszenie tego przepisu w związku z dokonaną czynnością lub zaniechaniem czynności, do której zamawiający był zobowiązany na podstawie ustawy, które – jak wskazano w uzasadnieniu wyroku Krajowej Izby Odwoławczej z dnia 1 lutego 2022 r. wydanego w postępowaniu o sygn. KIO 124/22 – tworzą zarzut, co do którego Izba orzeka. W takim stanie rzeczy brak było podstaw do uznania, że przepis ten zostały naruszone przez Zamawiającego.

Zarzut naruszenia art. 128 ust. 1 Pzp nie był uzasadniony.

Izba nie podzieliła stanowiska Odwołującego, że usługi wymienione w wierszach oznaczonych Lp. 1 i Lp. 2 przekazanego Zamawiającemu przez Przystępującego wykazu usług sporządzonego według wzoru stanowiącego załącznik nr 5 do SWZ nie są usługami „polegającymi na wykonaniu zabiegów aeracji mobilnej z precyzyjną inaktywacją fosforu”, o których mowa w sekcji XXI ust. 2 SWZ.

Należy wskazać, iż wobec zawartego w odwołaniu twierdzenia, że przedmiotowe usługi „dotyczyły zabiegów wyłącznie inaktywacji fosforu (a nie inaktywacji precyzyjnej wraz z napowietrzaniem wód charakterystycznej dla procesu aeracji)”, faktem istotnym dla rozstrzygnięcia niniejszej sprawy było to, w jaki sposób Przystępujący w rzeczywistości wykonywał te usługi – czy wykonywał wyłącznie „zabiegi inaktywacji fosforu” czy „zabiegi inaktywacji precyzyjnej wraz z napowietrzaniem wód”. Zgodnie z art. 534 ust. 1 Pzp, stanowiącym, że „strony i uczestnicy postępowania odwoławczego są obowiązani wskazywać dowody dla stwierdzenia faktów, z których wywodzą skutki prawne”, to Odwołujący zobowiązany był wskazać dowody dla stwierdzenia, że wykonanie tych usług nie polegało na wykonaniu zabiegów „inaktywacji precyzyjnej wraz z napowietrzaniem wód”.

W ocenie Izby Odwołujący dowodów dla stwierdzenia tych faktów nie wskazał, a w konsekwencji nie wykazał samych tych faktów.

Z przedstawionych w odwołaniu wywodów w zakresie technologii mobilnej aeracji z precyzyjną inaktywacją fosforu, a nawet z samej „nazwy” tej technologii wynika, że zabiegi „mobilnej aeracji z precyzyjną inaktywacją fosforu” są zabiegami „inaktywacji fosforu”. W takiej sytuacji należy przyjąć, że zabieg „inaktywacji fosforu” może być wykonywany jako zabieg „inaktywacji precyzyjnej wraz z napowietrzaniem wód”. Zapytania ofertowe dotyczące ww. usług, które były jednymi dowodami wskazanymi przez Odwołującego w tym zakresie, zgodnie z którymi przedmiotem zamówienia jest przeprowadzenie zabiegów inaktywacji fosforu, zawierają zatem określenie, że wykonawca ma wykonać zabiegi inaktywacji fosforu, ale nie określają, w jaki sposób te zabiegi mają zostać wykonane. Nie są zatem dowodem pozwalającym na ustalenie ponad wszelką wątpliwość, że wykonując te usługi Przystępujący w rzeczywistości nie wykonywał „zabiegów inaktywacji precyzyjnej wraz z napowietrzaniem wód”.

Do przeciwnego wniosku prowadzi zaś treść pisma pochodzącego od Poznańskich Ośrodków Sportu i Rekreacji, na rzecz którego wykonywane były wszystkie trzy usługi wymienione w ww. wykazie, zatytułowanego „Referencje uzupełnienie”. Wskazano w nim, że technologia wykorzystywana do realizacji „zabiegów inaktywacji fosforu na powierzchni całego jeziora” w latach 2021-2022 „była tożsama z technologią zastosowaną w 2020 roku” oraz że „w obu przypadkach zabiegi opierają się na wykonaniu aeracji mobilnej z użyciem jednostki pływającej, przy jednoczesnej precyzyjnej inaktywacji fosforu”.

Jak wskazano w odwołaniu, usługa wymieniona w ww. wykazie w wierszu oznaczonym Lp. 3 „może być uznana jako spełniająca wymóg Zamawiającego w przedmiocie aeracji mobilnej z precyzyjną inaktywacją fosforu, albowiem

dotyczy „mobilnej aeracji pulweryzacyjnej z precyzyjną inaktywacją fosforu”. Mając na względzie powyższe twierdzenie i treść ww. pisma, nie sposób było zatem uznać, że usługi wymienione w wierszach oznaczonych Lp. 1 i Lp. 2 ww. wykazu nie mogą być uznane za usługi „polegające na wykonaniu zabiegów aeracji mobilnej z precyzyjną inaktywacją fosforu”, o których mowa w sekcji XXI ust. 2 SWZ.

Izba nie podzieliła stanowiska Odwołującego, że usługi wymienione w ww. wykazie nie są usługami, o których mowa w sekcji XXI ust. 2 SWZ, z tego powodu, że nie zostały wykonane na jeziorze.

Bezsporne było, że przedmiotowe usługi zostały wykonane na sztucznym zbiorniku wodnym, noszącym urzędowo nazwę Jezioro Maltańskie, jak również, iż w sekcji XXI ust. 2 SWZ, użyte zostało sformułowanie „jeziora”. Nie ulega przy tym wątpliwości, że pomimo, że w art. 16 pkt 16) ustawy z dnia 20 lipca 2017 roku Prawo wodne wyszczególnione są jeziora i inne zbiorniki naturalne od zbiorników sztucznych, ani przepisy tej ustawy, ani inne przepisy prawa powszechnie obowiązującego nie definiują pojęcia jeziora; pojęcie to nie zostało również zdefiniowane w SWZ.

W tym stanie rzeczy zdaniem Izby nie znajdowało uzasadnienia uznanie, że zbiornik wodny, noszący urzędowo nazwę Jezioro Maltańskie, nie jest jeziorem w rozumieniu postanowienia sekcji XXI ust. 2 SWZ.

Brak było zatem podstaw do przyjęcia, że Przystępujący nie złożył podmiotowych środków dowodowych wykazujących spełnianie warunku udziału w Postępowaniu określonego w sekcji XXI ust. 2 SWZ, a zatem że Zamawiający powinien wezwać Przystępującego „do złożenia, uzupełnienia lub poprawienia lub do udzielenia wyjaśnień” w ww. wykazu usług.

Izba nie stwierdziła więc naruszenia przez Zamawiającego art. 128 ust. 1 Pzp, wobec czego w zakresie zarzutu naruszenia tego przepisu odwołanie należało oddalić, o czym orzeczono w punkcie 2. wyroku.

O kosztach postępowania odwoławczego orzeczono w punkcie 3. wyroku na podstawie art. 557 i art. 575 Pzp oraz § 2 ust. 1 pkt 1), § 5 pkt 1) i 2) oraz § 7 ust. 2 pkt 1) i ust. 3 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.

Zgodnie z art. 557 Pzp „w wyroku oraz w postanowieniu kończącym postępowanie odwoławcze Izba rozstrzyga o kosztach postępowania odwoławczego”, stosownie zaś do art. 575 Pzp strony oraz uczestnik postępowania odwoławczego wnoszący sprzeciw ponoszą koszty postępowania odwoławczego stosownie do jego wyniku. Z § 2 ust. 1 pkt 2) ww. rozporządzenia wynika, że wysokość wpisu wnoszonego w postępowaniu o udzielenie zamówienia na usługi o wartości nieprzekraczającej progów unijnych, o których mowa w art. 3 ust. 1 Pzp, wynosi 7.500 złotych. Stosownie do § 5 pkt 1) i 2) ww. rozporządzenia do kosztów postępowania odwoławczego zalicza się wpis oraz uzasadnione koszty stron postępowania odwoławczego. § 7 ust. 2 pkt 1) ww. rozporządzenia stanowi, że „w przypadku uwzględnienia odwołania przez Izbę w części, koszty ponoszą odwołujący i zamawiający, jeżeli w postępowaniu odwoławczym po stronie zamawiającego nie przystąpił żaden wykonawca albo uczestnik postępowania odwoławczego, który przystąpił do postępowania po stronie zamawiającego, nie wniósł sprzeciwu wobec uwzględnienia przez zamawiającego zarzutów przedstawionych w odwołaniu w całości albo w części”, zaś § 7 ust. 3 ww. rozporządzenia, iż „w przypadku, o którym mowa w ust. 2 pkt 1 i 2, Izba rozdziela: 1) wpis stosunkowo, zasądzając odpowiednio od zamawiającego albo uczestnika postępowania odwoławczego wnoszącego sprzeciw na rzecz odwołującego kwotę, której wysokość ustali, obliczając proporcję liczby zarzutów przedstawionych w odwołaniu, które Izba uwzględniła, do liczby zarzutów, których Izba nie uwzględniła; 2) koszty, o których mowa w § 5 pkt 2, w sposób określony w pkt 1 lub znosi te koszty wzajemnie między odwołującym i odpowiednio zamawiającym albo uczestnikiem postępowania odwoławczego wnoszącym sprzeciw”.

Stosownie do § 5 pkt 1) ww. rozporządzenia, do kosztów postępowania odwoławczego zaliczono wpis w wysokości uiszczony przez Odwołującego, tj. 7.500 złotych.

Zważywszy że Izba uwzględniła jeden zarzut przedstawiony w odwołaniu, a jednego nie uwzględniła, koszty postępowania odwoławczego w zakresie wpisu rozdzielono stosunkowo – w proporcjach 1/2 Odwołujący i 1/2 Zamawiający. W konsekwencji zgodnie z § 7 ust. 3 pkt 1) i 2) ww. rozporządzenia zasądzono od Zamawiającego na rzecz Odwołującego 1/2 kwoty uiszczony tytułem wpisu od odwołania, a także zniesiono wzajemnie między Odwołującym i Zamawiającego uzasadnione koszty postępowania odwoławczego Odwołującego i Zamawiającego, o których mowa w § 5 pkt 2) ww. rozporządzenia.

Przewodniczący:.....