Sygn. akt KIO 3134/23

WYROK

z dnia 10 listopada 2023 r.

Krajowa Izba Odwoławcza – w składzie:

Przewodniczący:Michał Pawłowski

Protokolant: Oskar Oksiński

po rozpoznaniu na rozprawie w dniu 7 listopada 2023 r. w Warszawie odwołania wniesionego do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej w dniu 23 października 2023 r. przez odwołującego – wykonawcę KOMA Olsztyn Spółka z ograniczoną odpowiedzialnością z siedzibą w Olsztynie
w postępowaniu prowadzonym przez zamawiającego Miejskie Przedsiębiorstwo Energetyki Cieplnej Spółka z ograniczoną odpowiedzialnością z siedzibą w Olsztynie

przy udziale wykonawcy NOVAGO Spółka z ograniczoną odpowiedzialnością z siedzibą w Mławie zgłaszającego przystąpienie do postępowania odwoławczego po stronie zamawiającego

orzeka:

1. Uwzględnia odwołanie i nakazuje zamawiającemu – Miejskiemu Przedsiębiorstwu Energetyki Cieplnej Spółce z ograniczoną odpowiedzialnością z siedzibą w Olsztynie:
   1.1. Unieważnienie czynności wyboru oferty najkorzystniejszej w postępowaniu, tj. oferty złożonej przez wykonawcę NOVAGO Spółka z ograniczoną odpowiedzialnością z siedzibą w Mławie.
   1.2. Odrzucenie oferty wykonawcy NOVAGO Spółka z ograniczoną odpowiedzialnością z siedzibą w Mławie na podstawie art. 226 ust. 1 pkt 8 w zw. z art. 224 ust. 6 ustawy z dnia 11 września 2019 r. – Prawo zamówień publicznych (Dz. U. z 2023 r., poz. 1605, ze zm.).
   1.3. Powtórzenie czynności badania i oceny ofert.
2. Kosztami postępowania odwoławczego obciąża zamawiającego – Miejskie Przedsiębiorstwo Energetyki Cieplnej Spółkę z ograniczoną odpowiedzialnością
   z siedzibą w Olsztynie i:
   2.1. Zalicza w poczet kosztów postępowania odwoławczego kwotę 15 000 zł 00 gr (słownie: piętnaście tysięcy złotych zero groszy) uiszczoną przez odwołującego – wykonawcę KOMA Olsztyn Spółka z ograniczoną odpowiedzialnością z siedzibą w Olsztynie tytułem wpisu od odwołania.
   2.2. Zasądza od zamawiającego – Miejskiego Przedsiębiorstwa Energetyki Cieplnej Spółki z ograniczoną odpowiedzialnością z siedzibą w Olsztynie na rzecz odwołującego – wykonawcy KOMA Olsztyn Spółka z ograniczoną odpowiedzialnością z siedzibą w Olsztynie kwotę 19 152 zł 00 gr (słownie: dziewiętnaście tysięcy sto pięćdziesiąt dwa złote zero groszy) tytułem zwrotu wynagrodzenia pełnomocnika i kosztów dojazdu pełnomocnika na rozprawę.

Stosownie do art. 579 ust. 1 i art. 580 ust. 1 i 2 ustawy z dnia 11 września 2019 r. – Prawo zamówień publicznych (Dz. U. z 2023 r., poz. 1605, ze 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 3134/23

Uzasadnienie

Miejskie Przedsiębiorstwo Energetyki Cieplnej Spółka z ograniczoną odpowiedzialnością
z siedzibą w Olsztynie, zwane dalej „Zamawiającym”, działając na podstawie przepisów ustawy dnia 11 września 2019 r. – Prawo zamówień publicznych (Dz. U. z 2023 r., poz. 1605, ze zm.), zwanej dalej „ustawą PZP”, prowadzi postępowanie o udzielenie zamówienia publicznego na *„transport odpadów o kodach 19 12 10 i 19 12 12 powstałych w wyniku przetwarzania odpadów komunalnych do Instalacji Termicznego Przekształcania Odpadów w Olsztynie”.*

Ogłoszenie o zamówieniu zostało opublikowane w Dzienniku Urzędowym Unii Europejskiej
z dnia 28 lipca 2023 r., pod numerem 2023/S 144-461662.

W dniu 23 października 2023 r. (data wpływu do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej) wykonawca KOMA Olsztyn Spółka z ograniczoną odpowiedzialnością z siedzibą w Olsztynie, zwany dalej „Odwołującym” lub „wykonawcą KOMA”, wniósł odwołanie wobec następujących czynności i zaniechań Zamawiającego:

1) wyboru jako najkorzystniejszej oferty wykonawcy NOVAGO Spółka z ograniczoną odpowiedzialnością z siedzibą w Mławie (zwanego dalej jako „wykonawca NOVAGO"),

2) zaniechania odrzucenia oferty wykonawcy NOVAGO S jako zawierającej rażąco niską cenę.

Odwołujący zarzucił Zamawiającemu naruszenie art. 226 ust. 1 pkt 8 ustawy PZP w związku z art. 224 ust. 5 i 6 ustawy PZP poprzez zaniechanie odrzucenia oferty wykonawcy NOVAGO pomimo, że wykonawca ten nie sprostał ciążącemu na nim obowiązkowi udowodnienia, że zaproponowana przez niego cena nie jest rażąco niska, w szczególności złożył wyjaśnienia nieprzekonujące i nie poparte dowodami.

W konsekwencji podniesionych zarzutów Odwołujący wniósł orozpoznanie i uwzględnienie jego odwołania, a także nakazanie Zamawiającemu:

a) unieważnienia czynności wyboru jako najkorzystniejszej, w części V zamówienia, oferty złożonej przez wykonawcę NOVAGO,

b) powtórzenia czynności badania i oceny ofert i odrzucenia oferty wykonawcy NOVAGO
z powodu zaoferowania przez tego wykonawcę w ofercie rażąco niskiej ceny.

Ponadto Odwołujący złożył wniosek o obciążenie Zamawiającego w całości kosztami postępowania odwoławczego.

W uzasadnieniu zarzutów odwołania wykonawca KOMA podał, że w ramach postępowania odwoławczego przed Krajową Izbą Odwoławczą dokonywana jest ocena prawidłowości czynności Zamawiającego, tj. dokonanej oceny złożonych w postępowaniu wyjaśnień elementów zaoferowanej ceny oferty. Zamawiający dokonuje czynności oceny zaoferowanej w postepowaniu przez wykonawcę ceny w oparciu o dostępne mu informacje, które uzyskuje w wyniku przedstawienia przez wezwanego wykonawcę wyjaśnień – temu służy procedura wyjaśnienia opisana w art. 224 ustawy PZP. Wykonawca zobowiązany jest podać Zamawiającemu wszystkie informacje dotyczące kalkulacji zaoferowanej ceny, w tym informacje dotyczące sposobu kalkulacji ceny oferty, uwarunkowania w jakich dokonywał tej kalkulacji, szczególne przesłanki warunkujące przyjęty sposób kalkulacji i inne istotne elementy mające wpływ na wysokość zaoferowanej ceny, takie jak: korzystne upusty, sprzyjające w oparciu o konkretne informacje warunki finansów, uzyskane specjalne oferty, a dowodzące możliwości zaoferowania ceny obniżonej a zawartej w złożonej ofercie. Odwołujący przy tym podkreślił, że Zamawiający informacje dotyczące indywidualnych elementów kalkulacji danej ceny jak również okoliczności, które wpływają na daną kalkulację, uzyskuje od konkretnego wykonawcy w konkretnym postępowaniu w wyniku wezwania do złożenia wyjaśnień. Uzasadniając cenę zaoferowaną w postępowaniu, wykonawca ma obowiązek wykazać rzeczywiste koszty, jakie poniesie na realizację zamówienia oraz przychody, jakie planuje uzyskać z tytułu realizacji zamówienia w odniesieniu do całego okresu jego realizacji, a w konsekwencji także zysk z realizacji zamówienia. Wykonawca winien wykazać, że przychody, jakie spodziewa się osiągnąć z tytułu realizacji zamówienia, co najmniej w całości pokryją koszty związane z jego realizacją.

Przechodząc do analizy wyjaśnień złożonych przez wykonawcę NOVAGO, które znajdują się w piśmie z dnia 12 września 2023 r., Odwołujący wskazał, że nie są one wystarczająco szczegółowe i kompletne, a tym samym nie potwierdzają one, że cena tego wykonawcy nie jest rażąco niska. Wadliwość złożonych przez wykonawcę NOVAGO wyjaśnień zdaniem Odwołującego polega w szczególności na:

1) tym, że kwota kosztów związanych z realizacją zamówienia, którą oszacował do realizacji zamówienia wykonawca NOVAGO w swoich wyjaśnieniach, wynosi 175 000 zł 00 gr netto, co przewyższa cenę oferty wykonawcy – 172 500 zł 00 gr netto (po poprawieniu ceny oferty przez Zamawiającego pismem z dnia 5 września 2023 r. jako omyłki rachunkowej), co oznacza, że wykonawca ten przyznał, iż poniesie stratę przy realizacji zamówienia,

2) nieprzedstawieniu jakichkolwiek dowodów na potwierdzenie: wysokości planowanych kosztów, posiadanych upustów na paliwo, posiadania na własność pojazdów (oznaczające brak kosztów związanych z opłatami leasingowymi lub czynszem dzierżawnym), posiadania zleceń pozwalających zaoszczędzić na tzw. „pustych przejazdach", wysokości wynagrodzenia pracowników,

3) oparciu wyjaśnień o „średni koszt floty własnej", który odwołuje się do pokonywanych w ramach zamówienia kilometrów, a tym samym powoduje, że nie zostały wliczone koszty np. pracownicze lub sprzętowe w czasie, gdy samochód nie porusza się, związane choćby z rozładunkiem – szacowany przez Zamawiającego na 40 minut (SWZ str. 12, pkt 11) oraz z posprzątaniem przez pracownika odpadów „wysypanych na posadzkę hali bunkra" (SWZ str. 12, pkt 10) oraz załadunkiem na instalacji w Rudnie – czas rozładunku około 1 godzina (według oszacowania własnego dokonanego przez Odwołującego),

4) oparciu wyjaśnień o „średni koszt floty własnej" ogólnie świadczonych przez wykonawcę NOVAGO usług transportu, który nie uwzględnienia specyfiki zamówienia, w tym okoliczności wymienionych w pkt 2 uzasadnienia zarzutów

odwołania, ale także tego, że pojazdy poruszają się na krótkich trasach (zupełnie inne spalania, koszty amortyzacji czy opłaty za Etoll będą generowały pojazdy poruszające się na długich trasach po drogach szybkiego ruchu, niż te na pojazdy, które poruszają się na krótkich trasach z wielokrotnym załadunkiem i rozładunkiem jak przypadku przedmiotowego zamówienia),

5) do obliczeń przyjęto pokonanie jedynie trasy pojazdem załadowanym z Rudna do Olsztyna, ul. Bublewicza – 70 km, nie uwzględniono kosztu dojazdu z bazy firmy (nie podano lokalizacji) do Rudna oraz drogi powrotnej z Olsztyna, ul. Bublewicza do bazy firmy – ze względu na brak danych w wyjaśnieniach o położeniu bazy logistycznej wykonawcy NOVAGO Odwołujący nie jest w stanie dokładnie określić ile kilometrów dodatkowo powinien przyjąć wykonawca do wyliczeń, ale dojazd z bazy do miejsca załadunku oraz powrót z miejsca rozładunku do bazy Odwołujący oszacował na co najmniej kolejne 70 km, co oznacza, że jeden kurs (przy przyjęciu wyliczeń z oferty) będzie kosztował tegoż wykonawcę 140 km x 5 zł – 700 zł netto, a dwa kursy dziennie – 1400 zł netto, co przy założonych 251 dniach roboczych daje 351 400 zł 00 gr netto miesięcznie, a co z kolei znacznie przewyższa zaoferowane 172 500 zł 00 gr (tj. wysokość oferty wynikającą z poprawienia przez Zamawiającego omyłki rachunkowej),

6) wykonawca NOVAGO w części VI zamówienia zaoferował cenę brutto 2 221 830 zł 00 gr (za transport 40 500 ton odpadów), co daje wynagrodzenie w wysokości 54 zł 86 gr brutto za transport 1 tony odpadów, a zatem istotnie więcej niż w części V zamówienia, gdzie wykonawca NOVAGO zaoferował 28 zł 29 gr brutto za transport 1 tony odpadów.

W konsekwencji Odwołujący wniósł o uwzględnienie jego odwołania.

Uwzględniając akta sprawy odwoławczej, jak również biorąc pod uwagę oświadczenia i stanowiska stron oraz uczestnika postępowania odwoławczego wyrażone w złożonych pismach oraz ustnie w trakcie rozprawy, Krajowa Izba Odwoławcza ustaliła i zważyła, co następuje:

Krajowa Izba Odwoławcza nie stwierdziła podstaw do odrzucenia odwołania w związku z tym, iż nie została spełniona żadna z negatywnych przesłanek wynikająca z art. 528 ustawy PZP, która uniemożliwiałaby merytoryczne rozpoznanie odwołania.

Ponadto Izba stwierdziła, że wypełnione zostały opisane w art. 505 ust. 1 ustawy PZP ustawowe przesłanki istnienia interesu Odwołującego w uzyskaniu przedmiotowego zamówienia oraz możliwości poniesienia szkody w wyniku naruszenia przez Zamawiającego przepisów ustawy PZP.

Izba stwierdziła skuteczność przystąpienia zgłoszonego do postępowania odwoławczego po stronie Zamawiającego przez wykonawcę NOVAGO, albowiem zostało ono złożone w terminie wynikającym z przepisów ustawy PZP i w wymaganej przepisami prawa formie.

Izba rozpoznając sprawę uwzględniła akta sprawy odwoławczej, które zgodnie z regulacją § 8 rozporządzenia Prezesa Rady Ministrów z dnia 30 grudnia 2020 r. w sprawie postępowania przy rozpoznawaniu odwołań przez Krajową Izbę Odwoławczą (Dz. U. z 2020 r., poz. 2453) stanowią odwołanie wraz z załącznikami oraz dokumentacją postępowania o udzielenie zamówienia
w postaci elektronicznej lub kopia dokumentacji, o której mowa w § 7 ust. 2 rozporządzenia,
a także inne pisma składane w sprawie oraz pisma kierowane przez Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej w związku z wniesionym odwołaniem.

Izba uwzględniła również stanowiska prezentowane na rozprawie przez strony i uczestnika postępowania, a także uwzględniła stanowisko zaprezentowane przez Zamawiającego w jego odpowiedzi na odwołanie z dnia 6 listopada 2023 r. oraz stanowisko uczestnika postępowania zaprezentowane w piśmie złożonym na posiedzeniu Izby w dniu 7 listopada 2023 r.

Izba wydała na rozprawie postanowienie o dopuszczeniu dowodu z dokumentacji zgromadzonej w aktach sprawy odwoławczej, w tym ze złożonych na rozprawie przez strony:

- trzech mapek z Google Maps ilustrujących przejazd na trasach Rudno – Olsztyn (mapka nr 2), Różanki – Rudno (mapka nr 2/2) i Olsztyn – Różanki (mapka nr 2/3) – przez Odwołującego,

- „Zestawienia ofert na zadanie nr V" – przez Zamawiającego.

Jednocześnie Izba uznała wiarygodność oraz moc dowodową dokumentów znajdujących się
w aktach sprawy odwoławczej.

Izba ustaliła następujący stan faktyczny:

Na podstawie art. 552 ust. 1 ustawy PZP Izba wydając wyrok bierze za podstawę stan rzeczy ustalony w toku postępowania odwoławczego.

Zamawiający, którym jest Miejskie Przedsiębiorstwo Energetyki Cieplnej Spółka z ograniczoną odpowiedzialnością z siedzibą w Olsztynie, prowadzi postępowanie o udzielenie zamówienia publicznego na *„transport odpadów o kodach 19 12 10 i 19 12 12 powstałych w wyniku przetwarzania odpadów komunalnych do Instalacji Termicznego Przekształcania Odpadów*
w Olsztynie”.

Ogłoszenie o zamówieniu opublikowano w Dzienniku Urzędowym Unii Europejskiej z dnia 28 lipca 2023 r., pod numerem 2023/S 144-461662.

W dniu 7 września 2023 r. Zamawiający zażądał od wykonawcy NOVAGO wyjaśnień w zakresie wyliczenia ceny, kosztu lub ich istotnych części składowych, motywując to faktem, że cena oferty złożonej przez tego wykonawcę jest niższa o co najmniej 30 % od wartości zamówienia, a także od średniej arytmetycznej cen wszystkich złożonych ofert. Zamawiający wyraźnie wskazał, że żąda wyjaśnień, w tym złożenia dowodów w zakresie wyliczenia ceny, gdyż zaoferowana przez wykonawcę NOVAGO cena, wydaje mu się rażąco niska w stosunku do przedmiotu zamówienia i budzi jego wątpliwości co do możliwości wykonania przedmiotu zamówienia zgodnie z wymaganiami określonymi w dokumentach zamówienia lub wynikającymi z odrębnych przepisów. Zamawiający doprecyzował, że cena złożonej przez wykonawcę NOVAGO oferty jest o 49,22 % niższa od wartości zamówienia, a także o 50,08 % od średniej arytmetycznej cen wszystkich złożonych ofert. Z uwagi na to Zamawiający zażądał przedstawienia wyliczeń z uwzględnieniem wszystkich wymagań zawartych w SWZ, dotyczących m. in.:

- wyliczenia przychodów, z uwzględnieniem kosztów transportu, w tym kosztów paliwa, utrzymania środków transportu i ich obowiązkowych ubezpieczeń,

- 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, w tym zatrudnienia na podstawie umów o pracę kierowców wykonujących przewóz odpadów (z uwzględnieniem wyliczenia kosztów etatów i planowanego wzrostu płac, w tym wzrostu wynagrodzenia minimalnego).

Zamawiający wskazał, że oczekuje wyczerpującej i szczegółowej informacji w odniesieniu do zadanych pytań w celu kompleksowej oceny złożonej przez wykonawcę oferty. Jednocześnie Zamawiający podkreślił, że zgodnie z art. 224 ust. 5 ustawy PZP obowiązek wykazania, że oferta nie zawiera rażąco niskiej ceny/kosztu, spoczywa na wykonawcy, natomiast zgodnie z art. 224 ust. 6 ustawy PZP odrzuceniu jako oferta z rażąco niską ceną lub kosztem podlega oferta wykonawcy, który nie udzielił wyjaśnień w wyznaczonym terminie lub jeżeli złożone wyjaśnienia wraz z dowodami nie uzasadniają podanej w ofercie ceny lub kosztu.

W dniu 12 września 2023 r. wykonawca NOVAGO udzielił odpowiedzi Zamawiającemu, w której wyjaśnił, że:

- wszystkie jego wyliczenia wykonane zostały w oparciu o rzetelne dane wewnętrzne wynikające z prowadzonych operacji transportowych,

- do wyliczeń przyjęto poniższe dane:

a) Ilość towaru do przewiezienia rocznie: 7500Mg (w oparciu o treść Części V postępowania nr MPEC/PE-EZ/142/23),

b) dni roboczych w roku: 251 (w oparciu o treść Części V postępowania nr MPEC/PE-EZ/142/23 dostawy będą realizowane tylko w dni robocze),

c) średnia ilość towaru do przewiezienia dziennie: 30MG,

d) średnia ilość towaru na pojazd: 17Mg (nie mniej niż 13Mg wg treści Części V postępowania nr MPEC/PE-EZ/142/23),

e) średnia ilość załadunków dziennie: 2 (pojazdy wykonawcy NOVAGO zdolne są pomieścić do 24MG/pojazd),

f) średnia odległość do pokonania przy wykonywaniu pojedynczego przewozu w ramach zadania wynikającego z Części V postępowania nr MPEC/PE-EZ/142/23 uwzględniając trasy wykonywane przez pojazdy wykonawcy NOVAGO (przy eliminacji zbędnych pustych przejazdów, transport kalkulowany do wyceny oferty na trasie Rudno – Olsztyn, ul. Bublewicza): 70 km,

g) cena 1km wykonanego w ramach zadania – 5 zł 00 gr netto:

Średni koszt 1km floty własnej firmy NOVAGO wynosi około 3 zł 90 gr netto. Biorąc pod uwagę tendencję wzrostową paliwa ON oraz kosztów pracy przez okres najbliższych kilkunastu miesięcy i mając na uwadze minimalizację ryzyka, przyjęto możliwość wzrostu kosztu 1km floty własnej o około 10%, średnio do poziomu 4 zł 30 gr netto. Pozostałą wartość przyjęto jako marżę kształtującą się na poziomie około 15%. Do kalkulacji nie przyjęto wpływów potencjalnie obniżających koszty własne wynikających z możliwości uzyskania dodatkowych dochodów przy realizacji zadania z

Części V postępowania nr MPEC/PE-EZ/142/23.

Wykonawca NOVAGO podkreślił, że znaczącym czynnikiem mającym wpływ na koszty transportu jest zakup paliwa. Wciąż modernizowana flota pojazdów ciężarowych wykonawcy NOVAGO dokonuje zakupu paliwa ON w oparciu o stałą umowę wypracowaną z jednym z największych polskich dostawców paliw posiadających rozległą sieć stacji paliwowych. Na stacjach tego partnera pojazdy floty firmy NOVAGO tankują olej napędowy zawsze w cenie hurt (spot) – 18 gr od każdego zakupionego litra. To pozwala wykonawcy na utrzymywanie niskich kosztów operacji transportowych. W najbliższych miesiącach planowane jest wdrożenie kolejnych dodatkowych upustów. W umiejscowionej na str. 2 wyjaśnień tabeli wykonawca NOVAGO przedstawił kalkulację kosztu 1km floty własnej w oparciu o aktualne dane roku 2023. Flotę własną transportu krajowego tego wykonawcy tworzy 10 zestawów ciągnik + naczepa typu walking floor oraz 20 kierowców. Kierowcy i pojazdy pracują w ruchu ciągłym zmianowym w oparciu o zadaniowy czas pracy.

h) koszt jednego przewozu oszacowano na 70km x 5 zł 00 gr = 350 zł 00 gr netto, a koszt zakładanych dwóch przewozów dziennie odpowiednio na 700 zł 00 gr netto,

i) całość oferty opiewającej na kwotę 175 000 zł 00 gr netto jest wynikiem iloczynu dni roboczych w ilości 251 oraz kosztu 700 zł 00 gr przewozu średnio dwóch ładunków dziennie.

Wykonawca NOVAGO podkreślił, że w wyliczeniach wzięto pod uwagę połączenie tras wykonywanych przez pojazdy firmy NOVAGO obecnie i w przyszłości, eliminując konieczność obarczenia Zamawiającego zbędnymi kosztami potencjalnych tzw. pustych kilometrów, na kierunkach i w okolicach rejonów wskazanych w zakresie Części V postępowania nr MPEC/PE-EZ/142/23. Ujęte zostały wyłącznie tzw. kilometry pełne, z ładunkiem pomiędzy wskazanymi w zadaniu punktami odbioru i dostawy (Rudno – Olsztyn). Pozostałe kilometry, dojazdy/powroty, pozostają w gestii doświadczonych logistyków działu transportu, którzy dbają o ich wypełnienie towarami kierowanymi z i do jednego z czterech zakładów produkcyjnych firmy NOVAGO. Operacje te w sposób bardzo znaczący wpłynęły na obniżenie kosztów końcowych ujętych w przedstawionej ofercie. Ponadto wykonawca NOVAGO zapewnił, że jego wszyscy pracownicy przeznaczeni potencjalnie do obsługi zadania wynikającego z Części V postępowania nr MPEC/PE-EZ/142/23 są zatrudnieni na podstawie stałej umowy o pracę. Czasy pracy i uposażenia kierowców zawodowych firmy NOVAGO są zgodne ze wszystkimi obecnymi regulacjami prawnymi w zakresie prawa pracy i wynikającymi z rozporządzenia (WE) nr 561/2006. Natomiast bieżąca ewidencja czasu pracy i inne niezbędne wyliczenia związane z wykonywaniem zawodu kierowcy zawodowego jak wynagrodzenie zasadnicze, dyżury, godziny nocne, nadgodziny, ryczałty są objęte permanentnym nadzorem zewnętrznego wyspecjalizowanego w tym obszarze usługodawcy świadczącym usługi w oparciu o stałą umowę. Wykonawca NOVAGO nadmienił jeszcze, że od około 30 lat wspiera polskie gminy i przedsiębiorstwa w optymalnym zagospodarowaniu odpadów. Jest on największym w Polsce producentem wysokokalorycznego paliwa alternatywnego RDF wytworzonego z odpadów komunalnych. Skala działalności i olbrzymie doświadczenie pozwala mu na efektywne działania przynoszące wymierne korzyści dla wszystkich jego partnerów biznesowych. Na potwierdzenie tego załączył do wyjaśnień następujące certyfikaty:

- Certyfikaty, w zakresie m. in. transportu: ISO 9001:2015-10, PN-ISO 45001:2018-06, PN-EN ISO 14001:2015-0 (załącznik nr 1 do wyjaśnień),

- Oficjalna Polityka jakości, środowiska i BHP (załącznik nr 2 do wyjaśnień),

- Certyfikat Bureau Veritas zaświadczający spełnienie wymagań systemy KZR INiG (załącznik nr 3 do wyjaśnień).

Ostatecznie w dniu 13 października 2023 r. Zamawiający wybrał ofertę wykonawcy NOVAGO jako najkorzystniejszą w postępowaniu w ramach części V zamówienia i przyznał je 100 pkt
w ramach kryteriów oceny ofert.

Mając na uwadze powyższe Izba zważyła, co następuje:

Krajowa Izba Odwoławcza rozpoznała merytorycznie odwołanie wniesione przez wykonawcę KOMA i uznała, że zasługuje ono na uwzględnienie, choć nie wszystkie argumenty podniesione w uzasadnieniu złożonego odwołania, które miały świadczyć o zaoferowaniu rażąco niskiej ceny przez wykonawcę NOVAGO, były trafne.

Odwołujący zarzucił Zamawiającemu w odwołaniu naruszenie następujących przepisów prawa:

- art. 224 ust. 5 ustawy PZP, zgodnie z którym obowiązek wykazania, że oferta nie zawiera rażąco niskiej ceny lub kosztu spoczywa na wykonawcy,

- art. 224 ust. 6 ustawy PZP, w świetle którego 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,

- art. 226 ust. 1 pkt 8 ustawy PZP, który mówi, że Zamawiający odrzuca ofertę, jeżeli zawiera rażąco niską cenę lub koszt

w stosunku do przedmiotu zamówienia.

Na wstępie należy wskazać, że ustawa PZP nie definiuje pojęcia „rażąco niskiej ceny", tylko nadanie treści temu sformułowaniu zostało pozostawione praktykom oraz teoretykom prawa zamówień publicznych, tj. orzecznictwu Krajowej Izby Odwoławczej i sądów powszechnych oraz przedstawicielom doktryny prawa. Powszechnie przyjmuje się, że o rażąco niskiej cenie mówimy wówczas, kiedy cena, którą zaoferował wykonawca, jest nierealistyczna, niewiarygodna, a przy tym jest oczywiste, że realizacja zamówienia za taką cenę będzie dla wykonawcy nieopłacalna. Art. 224 ust. 1 ustawy PZP stanowi, że 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. Jednocześnie w myśl art. 224 ust. 5 ustawy PZP obowiązek wykazania, że oferta nie zawiera rażąco niskiej ceny lub kosztu, spoczywa na wykonawcy. Art. 537 pkt 1 ustawy PZP odnoszący się bezpośrednio do postępowania odwoławczego przed Izbą stanowi natomiast, że ciężar dowodu, że oferta nie zawiera rażąco niskiej ceny, spoczywa na wykonawcy, który ją złożył, jeżeli jest stroną albo uczestnikiem postępowania odwoławczego. W postępowaniu odwoławczym znajduje zastosowanie również ogólna reguła dotycząca rozkładu ciężaru dowodu (art. 534 ust. 1 ustawy PZP), zgodnie z którą strony i uczestnicy postępowania odwoławczego są obowiązani wskazywać dowody dla stwierdzenia faktów, z których wywodzą skutki prawne. Oznacza to, że choć co do zasady ciężar dowodu w zakresie wykazania, że cena zaoferowana w postępowaniu nie jest rażąco niska, obciąża wykonawcę składającego ofertę, to jednakże nie zwalnia to wykonawcy formułującego twierdzenia na temat istnienia rażąco niskiej ceny w ofercie swojego konkurenta z obowiązku udowodnienia faktów, na które się powołuje w swoich pismach. W kontekście wyjaśnień rażąco niskiej ceny ważne jest też to, że odpowiedź wykonawcy na wezwanie Zamawiającego powinna odnosić się w sposób wyczerpujący do wszystkich zagadnień, które Zamawiający poruszył w swoim wezwaniu. Wyjaśnienia wykonawcy powinny być spójne, kompletne, rzeczowe oraz rzetelne, ale również – tam gdzie tego wyraźnie wymagał Zamawiający – poparte stosownymi dowodami. W przypadku, gdyby złożone przez wykonawcę wyjaśnienia nie cechowałyby się takimi przymiotami, to powinny zostać uznane za nieprawidłowe i Zamawiający nie będzie miał już wówczas żadnych podstaw do kierowania do wykonawcy dalszych wezwań do wyjaśnień. W takiej sytuacji trzeba uznać, że wykonawca nie obalił domniemania rażąco niskiej ceny i jego oferta powinna zostać odrzucona. Zamawiający powinien zatem odrzucić ofertę nie tylko wtedy, gdy w wyniku analizy i oceny udzielonych przez wykonawcę wyjaśnień nabierze przekonania, że złożona w postępowaniu oferta zawiera rażąco niską cenę lub rażąco niski koszt w stosunku do przedmiotu zamówienia, ale również wtedy, gdy wykonawca nie udzieli mu wyjaśnień w wyznaczonym terminie, udzielone wyjaśnienia okażą się być niekompletne, fragmentaryczne, niekonkretne lub lakoniczne albo np. nie załączy żadnych dowodów mających potwierdzać realność i rynkowy charakter zaoferowanych cen i kosztów. Zarówno więc niezłożenie wyjaśnień, jak i złożenie niewyczerpujących, niepopartych dowodami wyjaśnień jest równoznaczne z tym, że potwierdziły się podejrzenia Zamawiającego dotyczące rażąco niskiej ceny w złożonej ofercie.

Przechodząc do ustosunkowania się do zarzutów odwołania należy wskazać, że zasadniczym powodem, dla którego Izba stwierdziła zasadność zarzutów odwołania, było to, że pomimo wyraźnego wezwania Zamawiającego do złożenia dowodów w zakresie wyliczenia ceny wykonawca NOVAGO takowych dowodów nie załączył do swoich wyjaśnień. Dołączone do jego wyjaśnień różnego rodzaju certyfikaty oraz oficjalna Polityka jakości, środowiska i BHP to nie są dowody zawierające dane liczbowe oczekiwane przez Zamawiającego, które uzasadniałaby realność niskiej ceny zaoferowanej przez tego wykonawcę. Izba podziela przy tym zapatrywanie prawne wyrażone w wyroku Izby z dnia 24 lutego 2023 r. w sprawie o sygn. akt KIO 359/23, w którym stwierdzono, że*„Konieczność poparcia przedstawianych wyjaśnień dotyczących ceny oferty dowodami ma także kluczowe znaczenie dla ich oceny, ponieważ same wyjaśnienia rzadko kiedy mogą być uznane za w pełni obiektywne, gdyż składa je podmiot bezpośrednio zainteresowany rozstrzygnięciem. Z tego powodu wykonawca, aby uwiarygodnić składane w wyjaśnieniach deklaracje co do poziomu cen, czy też szczególnie korzystnych dla niego okoliczności, na które się powołuje, zobowiązany jest poprzeć je stosownymi dowodami, potwierdzającymi wskazywane w wyjaśnieniach informacje".*

Jednocześnie w ocenie Izby pozostała argumentacja zawarta w uzasadnieniu odwołania była nietrafiona. Jeśli chodzi o rzekomą stratę, jaką wykonawca NOVAGO miał ponieść na realizacji kontraktu na część V zamówienia (pkt 1 uzasadnienia odwołania), to sam Odwołujący zauważył, że doszło do omyłki rachunkowej ze strony wykonawcy NOVAGO poprawionej następnie przez Zamawiającego. Choć wykonawca KOMA wytknął Zamawiającemu uchybienie w procedowaniu, to zarazem nie postawił w tym kierunku żadnego zarzutu, np. dotyczącego naruszenia art. 223 ust. 2 pkt 2 ustawy PZP. W odniesieniu do argumentacji dotyczącej tzw. „średniego kosztu floty własnej" i przejazdów pomiędzy bazą firmy NOVAGO a Rudnem i Olsztynem (pkt od 3 do 5 uzasadnienia odwołania), to Izba wskazuje, że każdy

wykonawca ma prawo do przyjęcia własnych założeń w zakresie sposobu realizacji zamówienia. Choć ciężar dowodu w zakresie wykazania, że cena zaoferowana w przetargu nie jest rażąco niska, spoczywa na wykonawcy, który złożył ofertę, to jednocześnie nie zwalnia to z obowiązku podmiot skarżący czynności i zaniechania Zamawiającego do udowodnienia swoich twierdzeń zawartych w odwołaniu. Wykonawca KOMA nie podważył skutecznie, że założenia poczynione przez jego konkurenta i zaprezentowane w wyjaśnieniach rażąco niskiej ceny były oderwane od rynkowych warunków świadczenia usług w branży transportu odpadów albo że nie przystawały do warunków realizacji tej części zamówienia określonych w SWZ. W szczególności nie można uznać za wartościowe dowody dla oceny przedmiotu tej sprawy wydruki mapek z zaznaczonymi trasami przejazdów, które na rozprawie jako dowód przedłożył Odwołujący. Natomiast jeśli chodzi o argumentację Odwołującego dotyczącą zaoferowania przez wykonawcę NOVAGO prawie dwukrotnie wyższej ceny wynagrodzenia za transport 1 tony odpadów w zakresie części VI zamówienia (pkt 6 uzasadnienia odwołania), co jego zdaniem miałoby świadczyć o rażącym zaniżeniu, a tym samym nierealności zaoferowanej ceny za wykonanie części V zamówienia, to – zważywszy na odmienne uwarunkowania realizacji zamówienia w zakresie różnych jego części – oferty złożone przez wykonawcę NOVAGO nie są w tym zakresie porównywalne.

Mając powyższe uwadze Izba stwierdziła, że zarzuty odwołania były zasadne z racji braku złożenia przez wykonawcę NOVAGO wymaganych dowodów na potwierdzenie wysokości ceny ofertowej i danych liczbowych zaprezentowanych w wyjaśnieniach z dnia 12 września 2023 r.

O kosztach postępowania odwoławczego orzeczono stosownie do jego wyniku, tj. na podstawie art. 557, art. 574-576 ustawy PZPoraz w oparciu o przepisy § 7 ust. 1 pkt 1 w zw. z § 5 pkt 1 i 2 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). Izba zasądziła od Zamawiającego na rzecz Odwołującego zwrot kosztów postępowania odwoławczego obejmujących uiszczony wpis od odwołania w wysokości 15 000 zł 00 gr, wynagrodzenie pełnomocnika w wysokości 3 600 zł 00 gr oraz koszty dojazdu pełnomocnika samochodem osobowym na rozprawę w wysokości 552 zł 00 gr – zgodnie z oświadczeniami złożonymi przez pełnomocnika, które Izba uznała za wiarygodne, oraz regulacją § 2 pkt 1 Rozporządzenia Ministra Infrastruktury z dnia 25 marca 2002 r. w sprawie warunków ustalania oraz sposobu dokonywania zwrotu kosztów używania do celów służbowych samochodów osobowych, motocykli i motorowerów niebędących własnością pracodawcy, tj. zwrot kosztów postępowania w łącznej wysokości 19 152 zł 00 gr.

Mając powyższe na uwadze orzeczono jak w sentencji.

Przewodniczący:……