

WYROK
z dnia 9 grudnia 2021 r.

Krajowa Izba Odwoławcza - w składzie:

Przewodniczący: Emil Kuriata

Protokolant: Aldona Karpińska

po rozpoznaniu na rozprawie w dniu 9 grudnia 2021 r., w Warszawie, odwołania wniesionego do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej w dniu 29 listopada 2021 r. przez wykonawcę **Przedsiębiorstwo Geologiczne we Wrocławiu PROXIMA S.A., ul. Kwidzyńska 71; 51-415 Wrocław**, w postępowaniu prowadzonym przez zamawiającego **Polskie Elektrownie Jądrowe sp. z o.o., ul. Mokotowska 49; 00-542 Warszawa**,

przy udziale wykonawcy **PM Ecology sp. z o.o., ul. Kielnieńska 136; 80-299 Gdańsk**, zgłaszającego przystąpienie do postępowania odwoławczego - po stronie zamawiającego,

orzeka:

1. **Oddala odwołanie.**
2. Kosztami postępowania obciąża wykonawcę **Przedsiębiorstwo Geologiczne we Wrocławiu PROXIMA S.A., ul. Kwidzyńska 71; 51-415 Wrocław** i zalicza w poczet kosztów postępowania odwoławczego kwotę **15 000 zł 00 gr** (słownie: piętnaście tysięcy złotych zero groszy) uiszczoną przez wykonawcę **Przedsiębiorstwo Geologiczne we Wrocławiu PROXIMA S.A., ul. Kwidzyńska 71; 51-415 Wrocław**, tytułem wpisu od odwołania.

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 2021 r. poz. 1129) 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:

Uzasadnienie

Zamawiający – Polskie Elektrownie Jądrowe sp. z o.o. z siedzibą w Warszawie, prowadzi postępowanie o udzielenie zamówienia publicznego, którego przedmiotem jest „*Monitoring hydrologiczny wód śródlądowych w lokalizacji Lubiawo-Kopalino i Żarnowiec*”.

Ogłoszenie o zamówieniu zostało opublikowane w Dzienniku Urzędowym Unii Europejskiej z dnia 29 czerwca 2021 r., pod nr 2021/S 123-327061.

Dnia 25 listopada 2021 roku, zamawiający poinformował wykonawców o wyniku prowadzonego postępowania.

Dnia 29 listopada 2021 roku wykonawca Przedsiębiorstwo Geologiczne we Wrocławiu PROXIMA S.A. (dalej „*Odwołujący*”) wniósł odwołanie do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej od niezgodnych z przepisami ustawy czynności zamawiającego w postępowaniu, polegających na:

- 1) dokonaniu wyboru jako najkorzystniejszej oferty złożonej przez PM ECOLOGY sp. z o.o. z siedzibą w Gdańsku,
- 2) zaniechaniu odrzucenia oferty złożonej przez PM ECOLOGY sp. z o.o. w warunkach, w których oferta ta powinna zostać odrzucona z uwagi na fakt, że:
 - a) zawiera rażąco niską ceną w stosunku do przedmiotu zamówienia,
 - b) wykonawca nie obalił domniemania zaoferowania rażąco niskiej ceny, w szczególności z powodu nieuwzględnienia w kalkulacji ceny wszystkich wymagań zamawiającego dotyczących realizacji zamówienia.

Odwołujący zarzucił zamawiającemu naruszenie art. 226 ust. 1 pkt 8 w związku z art. 224 ust. 5 i 6 ustawy Pzp, poprzez zaniechanie odrzucenia oferty PM ECOLOGY sp. z o.o., podczas gdy wykonawca ten:

1. złożył nierzetelne, wybiórcze, ogólnikowe oraz lakoniczne wyjaśnienia co do zaoferowanej przez siebie oferty oraz nie przedłożył odpowiednich dowodów, z których wynikałaby wysokość zaproponowanej ceny,
2. nie uwzględnił w kalkulacji ceny wszystkich wymagań zamawiającego dotyczących realizacji zamówienia, w szczególności:
 - 1) wynagrodzenia 8 osób, stanowiących Kluczowy Personel Wykonawcy zgodnie ze Specyfikacją Warunków Zamówienia,
 - 2) kosztów wyjazdów pracowników na kampanie pomiarowe, w tym kosztów związanych z samym transportem oraz kosztów niezbędnego wyposażenia pracowników oraz sprzętu pomocniczego,
 - 3) kosztów wykonania Umowy zgodnie z wymaganiami Podręcznika Jakości Wykonawców w zakresie wymagań dla realizowanych prac,

- 4) kosztów wykonania Umowy zgodnie z wymaganiami wdrożonego Programu Bezpieczeństwa i Higieny Pracy dla Badań Środowiskowych i Lokalizacyjnych,
- 5) kosztów opracowania i wdrożenia Instrukcji Bezpiecznego Wykonywania Robót (IBWR), stanowiącej podstawowy dokument regulujący kwestię BHP w ramach wykonywanych prac,
- 6) kosztów wykonania Umowy zgodnie z wymaganiami Podręcznika Ochrony Środowiska,
- 7) kosztów wymiany zużytego sprzętu pomiarowego,
- 8) kosztów uzyskania formalnych zgód na korzystanie z działek, na których posadowione są stacje monitoringowe,
- 9) kosztów dzierżawy działek, na których posadowione są stacje monitoringowe,
- 10) kosztów wypracowania i wdrożenia w laboratorium realizującym badania rumowiska unoszonego i wleczonego celowych procedur badawczych,
- 11) kosztów okresowej weryfikacji i przeglądu europejskich i krajowych przepisów prawnych, metodyk oraz wytycznych,

a tym samym nie zdołał wykazać, że zaoferowana przez niego cena nie jest rażąco niska, co powinno skutkować uznaniem, iż złożone wyjaśnienia oraz dowody nie uzasadniały podanej w ofercie ceny, a tym samym oferta ta powinna podlegać odrzuceniu, jako oferta zawierająca rażąco niską cenę.

W związku z powyższym odwołujący wniósł o:

- 1) nakazanie zamawiającemu unieważnienia czynności wyboru oferty PM ECOLOGY sp. z o.o. z siedzibą w Gdańsku,
- 2) nakazanie zamawiającemu powtórzenia czynności badania i oceny ofert złożonych w toku postępowania,
- 3) nakazanie zamawiającemu odrzucenia oferty złożonej przez PM ECOLOGY sp. z o.o. z siedzibą jako zawierającej rażąco niską cenę,
- 4) zasądzenie od zamawiającego na rzecz odwołującego kosztów postępowania odwoławczego, na które składają się koszty wpisu od odwołania oraz wynagrodzenie pełnomocnika.

Ponadto odwołujący wniósł o zobowiązanie zamawiającego do przedłożenia pełnej dokumentacji związanej z przeprowadzonym postępowaniem o udzielenie zamówienia publicznego, w tym złożonych przez PM ECOLOGY sp. z o.o. wyjaśnień dotyczących sposobu wyliczenia ceny oferty oraz załączonych przez tego wykonawcę dowodów potwierdzających przyjętą w tym zakresie kalkulację, na okoliczność nie uwzględnienia przez PM ECOLOGY sp. z o.o. w kalkulacji ceny wszystkich wymagań zamawiającego dotyczących realizacji zamówienia, a także nie przedstawienia w toku postępowania przez tego wykonawcę dowodów, które potwierdzałyby przyjętą przez niego kalkulację.

Interes odwołującego. Odwołujący wskazał, że interes odwołującego wynika z faktu, iż złożył ofertę w przedmiotowym postępowaniu i może ona zostać wybrana jako najkorzystniejsza, albowiem w toku postępowania złożono jedynie dwie oferty. Niemniej z uwagi na zaniechanie przez zamawiającego odrzucenia drugiej ze złożonych ofert odwołujący utracił możliwość otrzymania zamówienia. W konsekwencji oznacza to brak możliwości uzyskania zysku z jego wykonania, a tym samym potwierdza możliwość poniesienia szkody.

Odwołujący wskazał, iż w toku postępowania zamawiający na podstawie art. 224 ust. 2 pkt 1 oraz art. 224 ust. 1 ustawy Pzp, wezwał wykonawcę PM ECOLOGY sp. z o.o. do udzielenia wyjaśnień oraz załączenia dowodów je potwierdzających, w celu ustalenia czy zaoferowane istotne części składowe ceny nie są rażąco niskie w stosunku do przedmiotu zamówienia, w tym czy jest możliwe wykonanie zamówienia zgodnie z wymaganiami zamawiającego wynikającymi z SWZ oraz przepisów prawa powszechnie obowiązującego za cenę wskazaną w ofercie. Zamawiający w wezwaniu wskazał, że w szczególności wymaga wyjaśnienia przez wykonawcę czy i w jaki sposób uwzględnił w cenie:

- 1) koszty ewentualnych napraw bądź wymiany wszelkich urządzeń służących do monitoringu zgodnie z pkt II. 4.21 OPU,
- 2) koszty ekipy serwisowej będącej w gotowości do zapewnienia przywrócenia poprawnego działania systemu monitoringu w czasie nie dłuższym niż 72 godziny od wykrycia awarii zgodnie z pkt II. 4.21 OPU,
- 3) koszty związane z koniecznością posiadania urządzeń zapasowych w liczbie 2 szt. dla każdego z urządzeń: sondy pomiarowe, rejestratory danych i akumulatory zasilające,
- 4) konieczność przekazania na własność elementów systemu monitoringu oraz urządzeń nabytych i wykorzystywanych w trakcie prowadzenia monitoringu na potrzeby poprawnego wykonania prac,
- 5) koszty badań próbek w laboratorium akredytowanym (pkt III. 3.5 OPU, pkt 4.1.1.5 Załącznika H do Umowy),
- 6) koszty związane z możliwą długotrwałą, codzienną obserwacją i pomiarem zjawisk lodowych na terenie badań w sezonie zimowym (3-4 miesiące),
- 7) koszty związane z tłumaczeniem specjalistycznym na język angielski Produktów Umowy - Raporty Końcowe i Szczegółowa Metodyka, zgodnie z Załącznikiem N do Umowy,
- 8) koszt roboczogodzin Personelu Kluczowego (wskazanego w SWZ) i pozostałego personelu zaangażowanego w realizację Przedmiotu Umowy w tym w szczególności: wykonywanie pomiarów i obserwacji terenowych, opracowywanie i analiza zebranych danych i Produktów Umowy (Raporty Kwartalne, Raporty Końcowe, Szczegółowa Metodyka).

Zdaniem odwołującego, wyjaśnienia złożone przez PM ECOLOGY sp. z o.o. nie zawierają żadnych konkretnych wyliczeń ani merytorycznych argumentów, bazując przy tym wyłącznie na ogólnikowych i lakonicznych twierdzeniach i niepopartych żadnymi dowodami kwotach, które w żaden sposób nie tłumaczą wysokości ceny zaoferowanej przez tego wykonawcę. Podkreślenia wymaga również, że wykonawca ten nie przedstawił dowodów potwierdzających przyjętą przez niego kalkulację kosztów, co do wszystkich elementów składających się na wykonanie zamówienia.

Przepisy ustawy Pzp, prowadzą możliwość odrzucenia oferty przez zamawiającego z powodu rażąco niskiej ceny, nie precyzując jednak przy tym tegoż pojęcia. Zgodnie z dyspozycją art. 226 ust. 1 pkt. 8) ustawy Pzp zamawiający odrzuca ofertę, jeżeli zawiera ona rażąco niską cenę lub koszt w stosunku do przedmiotu zamówienia. Rozpatrując cel tej regulacji należy przyjąć, że za ofertę z rażąco niską ceną trzeba uznać ofertę zawierającą cenę niewiarygodną, nierealistyczną w porównaniu do obowiązujących cen rynkowych (vide: wyrok Sądu Okręgowego w Katowicach z 28 kwietnia 2008 r., sygn. akt XIX Ga 128/08).

Przyczyną wskazania ceny rażąco niskiej może być przy tym świadome działanie wykonawcy albo jego nierzetelność w dokonywaniu kalkulacji, w tym nieujęcie w niej wszystkich niezbędnych kosztów wykonania przedmiotu umowy. Ponadto o cenie rażąco niskiej można mówić w sytuacji, w której oczywistym jest, że przy zachowaniu reguł rynkowych wykonanie umowy za podaną cenę byłoby dla wykonawcy nieopłacalne.

W ocenie odwołującego zaproponowane przez PM ECOLOGY sp. z o.o. warunki cenowe związane z wykonaniem przedmiotowego zamówienia w sposób znaczący odbiegają od przyjętych reguł rynkowych oraz poddają w wątpliwość opłacalność złożonej oferty. Kluczowym jest jednak to, że oferta ta nie uwzględnia szeregu okoliczności, które mają znaczenie nie tylko dla prawidłowego wykonania umowy, ale przede wszystkim dla rzetelnej wyceny złożonej oferty. W wycenie sporządzonej przez PM ECOLOGY sp. z o.o. nie uwzględniono następujących kwestii:

1) wynagrodzenia zespołu stanowiącego Kluczowy Personel wykonawcy zgodnie z pkt 14.1.4 SWZ, wedle których wykonawca winien uwzględnić w swojej kalkulacji wynagrodzenie 8 osób, mając na uwadze ich zdolności techniczne lub zawodowe.

Istotne znaczenie ma przy tym fakt, że od 1 stycznia 2022 r. minimalne wynagrodzenie będzie wynosić 3.010,00 zł brutto, co przy 8 osobach daje miesięcznie łącznie kwotę 24.080,00 zł brutto, do której należy doliczyć składki na obowiązkowe ubezpieczenia społeczne oraz Fundusz Pracy i Fundusz Gwarantowanych Świadczeń Pracowniczych, to jest 19,48%, a więc kwotę 4.690,78 zł ($24.080,00 \times 19,48\% = 4.690,78$ zł). Oznacza to, że minimalny miesięczny koszt Kluczowego Personelu wynosi 28.770,78 zł, co przy 26 miesiącach trwania Umowy, daje łącznie kwotę 748.222,28 zł. Podkreślenia przy tym wymaga, że specjaliści ze stażem oraz umiejętnościami wymaganymi przez zamawiającego

nie zarabiają minimalnej pensji, bowiem ich wynagrodzenia są znacznie wyższe, czego wykonawca również nie wziął pod uwagę w swojej kalkulacji.

Ponadto PM ECOLOGY sp. z o.o. nie uwzględniło koszt wyjazdów pracowników na kampanie pomiarowe, w tym kosztów związanych z samym transportem (koszty zakupu paliwa, naprawy samochodu, ubezpieczenia samochodu oraz koszt amortyzacji samochodu) oraz kosztów niezbędnego wyposażenia pracowników oraz sprzętu pomocniczego, nie stanowiącego elementów monitoringu, a które to koszty są niezbędne do bezpiecznego i rzetelnego wykonania pracy, zgodnego również z przepisami BHP (ubrania robocze, ponton z wyposażeniem, sprzęt BHP zgodny z wytycznymi zamawiającego w IBWR przy obecnie trwającej umowie).

2) kosztów wykonania Umowy zgodnie z wymaganiami podręcznika jakości wykonawców w zakresie wymagań dla realizowanych prac, stanowiącego załącznik do umowy.

Zgodnie z zapisami tegoż Podręcznika (vide: pkt. 4.1.1.7 Podręcznika jakości wykonawców) wykonawca jest zobligowany do dostarczenia swojej Polityki jakości oraz ustanowionych celów jakościowych zdefiniowanych dla zakresu realizowanych prac. W związku z tym, w przypadku zakwalifikowania zadania do zadań o średnim bądź dużym ryzyku, należy stworzyć, a następnie, po uzyskaniu akceptacji zamawiającego, wdrożyć Plan Zapewnienia Jakości wraz z Planem Kontroli i Badań. Wskazane dokumenty w sposób kompleksowy określają sposób wykonywania wszystkich wymaganych umową prac wraz ze stworzeniem i wdrożeniem celowych procedur, wspomagających realizację przygotowanego Planu Zapewnienia Jakości. Podkreślenia przy tym wymaga, że Plan powinien zostać przygotowany i wdrożony przez osobę mającą odpowiednie kwalifikacje i posiadającą niezbędne ku temu doświadczenie, co wiąże się z koniecznością poniesienia kosztów wynagrodzenia takiej osoby.

3) kosztów wykonania umowy zgodnie z wymaganiami Programu Bezpieczeństwa i Higieny Pracy dla Badań Środowiskowych i Lokalizacyjnych, stanowiącego załącznik do umowy.

Ów Program zakłada między innymi opracowanie i wdrożenie Instrukcji Bezpiecznego Wykonywania Robót (IBWR), stanowiącej podstawowy dokument regulujący kwestię BHP w ramach wykonywanych prac (vide: pkt. 3.2 oraz 7.3 Programu BHP). Ponadto prace należy prowadzić w oparciu o opracowany system zezwoleń na prace, jako że prace prowadzone w ramach umowy, zaliczane są przez zamawiającego do prac szczególnie niebezpiecznych (vide: pkt. 6.1 oraz 6.2. Programu BHP). Program taki powinien zostać przygotowany i wdrożony przez osobę mającą odpowiednie kwalifikacje i posiadającą ku temu konieczne doświadczenie (vide: pkt. 7.3. Programu BHP), co wiąże się z koniecznością poniesienia kosztów wynagrodzenia takiej osoby.

4) kosztów wykonania umowy zgodnie z wymaganiami Podręcznika Ochrony Środowiska, stanowiącego załącznik do umowy, zawierającego zbiór wymagań, zaleceń i wytycznych dla wykonawców Prac Terenowych. Związane jest to z wprowadzeniem odpowiednich procedur do funkcjonowania firmy, co jest czasochłonne i generuje koszty.

5) kosztów wymiany zużytego sprzętu pomiarowego. Należy bowiem założyć, że poza zapewnieniem elementów zapasowych systemu monitoringu, zgodnie z wymaganiami zamawiającego, w trakcie prac monitoringowych konieczna będzie wymiana podstawowego sprzętu pomiarowego, w szczególności dotyczy to urządzeń służących do pomiarów prowadzonych manualnie. Sprzęt, którym będzie dysponował zamawiający, jest bowiem intensywnie użytkowany od czterech i pół roku, a co za tym idzie jest wyeksploatowany. W kosztach prowadzonych prac należało również uwzględnić koszty wymiany elementów podlegających naturalnemu zużyciu, które wymagają regularnej wymiany, jak na przykład specjalistyczne siatki do Łapaczy Rumowiska Dennego, stanowiące system monitoringu.

6) kosztów uzyskania formalnych zgód na korzystanie z działek, na których posadowione są stacje monitoringowe. Aktualnie obowiązujące umowy zawarte są w imieniu obecnego wykonawcy prac i w przypadku wyboru nowego wykonawcy, stracą ważność. W kosztorysie prac należało zatem uwzględnić czas na sformalizowanie spraw administracyjnych związanych z dzierżawą działek oraz koszty z tym związane. Ponadto wykonawca musi również brać pod uwagę same koszty dzierżawy, które zgodnie z pkt. 4.24 Opisu Przedmiotu Umowy, będą leżeć po jego stronie.

7) kosztów wypracowania i wdrożenia w Laboratorium realizującym badania rumowiska unoszonego i wlezonego celowych procedur badawczych.

Z uwagi na fakt, iż ani w Polsce, ani też w Europie, nie istnieją laboratoria posiadające akredytowane badania tego typu materiału, w celu zapewnienie wymaganej przez zamawiającego odpowiedniej jakości prowadzonych badań, procedury takie powinny zostać opracowane. Koszt konieczny do poniesienia przy tego typu pracach, dla komercyjnego laboratorium, będzie znaczny. Kwestie te szczegółowo regulują zapisy pkt. 4.1.1.6 Podręcznika Jakości Wykonawców, stanowiącego załącznik do umowy.

8) kosztów realizacji prac i wykonywania Produktów Umowy w sposób zapewniający właściwe i kompletne zastosowanie aktualnych na czas realizacji umowy przepisów prawa europejskiego i krajowego regulujących zasady realizacji inwestycji polegających na budowie obiektów jądrowych i inwestycji towarzyszących, a także z uwzględnieniem zgodności z zalecanymi przez właściwe organy, instytucje i organizacje branżowe wytycznymi i dobrymi praktykami. Należy przez to rozumieć konieczność zapewnienia okresowej weryfikacji i przeglądu europejskich i krajowych przepisów prawnych, metodyk oraz wytycznych, tak aby zapewnić ich zastosowanie na czas wykonywania kolejnych etapów zadania (vide: pkt. 3, Opisu Przedmiotu Umowy). Przeglądy takie powinny być wykonywane cyklicznie przez

osoby biegłe w wymienionym zakresie, najlepiej prawników, co wiąże się z koniecznością ponoszenia kosztów ich pracy.

Mając na uwadze powyższe, zdaniem odwołującego, kwota wykonania przedmiotu umowy zaoferowana przez PM ECOLOGY sp. z o.o. wynosi 1 092 240,00 zł. Oznacza to, że kwota ta wystarcza niemal wyłącznie na wynagrodzenie Kluczowego Personelu, bowiem sam koszt jego wynagrodzenia powinien wynosić co najmniej 748.222,28 zł i to przy założeniu minimalnego wynagrodzenia. Oczywistym przy tym jest, że koszt zatrudnienia specjalistów w dziedzinach, których dotyczy przedmiot zamówienia, jest znacznie wyższy. Zgodnie z zasadami wiedzy i doświadczenia życiowego brak uwzględnienia wymienionych powyżej w pkt 1-8 kosztów wykonywania umowy, ocenić należy jako zmierzający do zaniżenia ceny ofertowej, która w związku z tym nie oddaje stanu rzeczywistego i nie została skalkulowana z uwzględnieniem całości przedmiotu zamówienia i wymagań stawianych przez zamawiającego. Nie bez znaczenia pozostaje przy tym fakt, że wykonawca przy wykonaniu umowy wlicza w swoją ofertę również marżę, stanowiącą jego zysk. Tymczasem kwota zaoferowana przez PM ECOLOGY sp. z o.o. nie jest wystarczająca nawet do tego, by wykonać prawidłowo umowę nie wspominając już, by gwarantowała ona tej spółce choćby minimalny zysk.

Wykonawca zaoferował cenę nierealną, niewiarygodną i nie obejmującą całego zakresu zamówienia. W świetle powyższego, zdaniem odwołującego, zamawiający dopuścił się naruszenia art. 226 ust. 1 pkt 8) w zw. z art. 224 ust. 5 i 6 ustawy Pzp, poprzez zaniechanie odrzucenia oferty PM ECOLOGY sp. z o.o., podczas gdy wykonawca ten:

- 1) złożył nierzetelne, wybiórcze, ogólnikowe oraz lakoniczne wyjaśnienia co do zaoferowanej przez siebie oferty oraz nie przedłożył odpowiednich dowodów, z których wynikałaby wysokość zaproponowanej ceny,
- 2) nie uwzględnił w kalkulacji ceny wszystkich wymagań zamawiającego dotyczących realizacji zamówienia, a tym samym nie zdołał wykazać, że zaoferowana przez niego cena nie jest rażąco niska, co powinno skutkować uznaniem, iż złożone wyjaśnienia oraz dowody nie uzasadniały podanej w ofercie ceny, a tym samym oferta ta powinna podlegać odrzuceniu, jako oferta z rażąco niską ceną.

Zamawiający złożył pisemną odpowiedź na odwołanie, w której wniósł o oddalenie odwołania. Zamawiający wskazał, co następuje.

Zamawiający działając na podstawie art. 224 ust. 1 oraz ust. 2 pkt 1) ustawy Pzp, wezwał obu wykonawców do złożenia wyjaśnień dotyczących sposobu kalkulacji zaoferowanej ceny, w tym w szczególności istotnych elementów ceny wskazanych w pkt 1-6 formularza cenowego (załącznik nr 2 do SWZ), w tym jakie elementy składowe wykonawcy uwzględnili w kalkulacji ceny we wskazanych pozycjach formularza cenowego. Wyjaśnienia

wykonawców miały w szczególności uwzględniać kwestie wynikające z art. 224 ust. 3 ustawy Pzp, o ile były brane przez wykonawców pod uwagę na etapie kalkulacji ceny, a także inne czynniki, w przypadku gdy miały wpływ na cenę oferty.

Nadto, w wezwaniu do złożenia wyjaśnień zamawiający dodatkowo wezwał wykonawców do wskazania, czy i w jaki sposób zostały uwzględnione w oferowanej cenie (elementy wskazane jw. – w odwołaniu – przyp. KIO).

W odpowiedzi na wezwanie zamawiającego, obaj wykonawcy złożyli wyjaśnienia w wyznaczonym przez zamawiającego terminie.

Odnosząc się do twierdzeń odwołującego, zamawiający wskazał, że zarzuty podniesione w odwołaniu, nie zasługują na uwzględnienie. Zakres zarzutów odwołującego, które zasadniczo są wynikiem analizy wyjaśnień, jakie złożył PM Ecology sp. z o.o. odnoszą się do: 1) nierzetelnego, wybiórczego, ogólnikowego oraz lakonicznego wyjaśnienia co do zaoferowanej ceny oferty oraz nie przedłożenia przez PM Ecology sp. z o.o. odpowiednich dowodów, z których wynikałaby wysokość zaproponowanej ceny, oraz 2) nie uwzględnienia przez PM Ecology sp. z o.o. w kalkulacji ceny wszystkich wymagań zamawiającego dotyczących realizacji zamówienia.

Zamawiający podniósł, że zarzuty odwołującego dotyczą wyjaśnień, jakie złożył PM Ecology sp. z o.o. i ograniczają się jedynie do ogólnikowych twierdzeń. Odwołujący wskazując na nierzetelność, lakoniczność i ogólnikowość wyjaśnień PM Ecology sp. z o.o., wywodzi wniosek o braku możliwości przyjęcia, iż oferta została skalkulowana poprawnie i uwzględnia wszystkie koszty wykonawcy pomimo, że odwołujący nie miał dostępu do pełnej treści wyjaśnień, objętych tajemnicą przedsiębiorstwa. Szczegółowe wyliczenia kosztów zostały przedstawione w odrębnych załącznikach stanowiących integralną część wyjaśnień wykonawcy PM Ecology sp. z o.o., a których treść została przez wykonawcę objęta tajemnicą przedsiębiorstwa. Zamawiający podniósł, że dokonał rzetelnej analizy wyjaśnień przedstawionych przez obu wykonawców. Ponieważ ustawodawca nie precyzuje oceny wyjaśnień, jak również nie określa zasad, czy też matematycznych reguł analiz otrzymywanych danych, w tym środków dowodowych, otrzymane informacje zostały przeanalizowane przez pracowników merytorycznych zamawiającego, w tym specjalistów branżowych. W ocenie zamawiającego wyjaśnienia złożone przez PM Ecology sp. z o.o. w zakresie zaoferowanej ceny są konkretne i wyczerpujące, a zaoferowana przez niego cena jest wiarygodna, realna i rynkowa. Ponadto, zaoferowana cena uwzględnia uzyskanie przez PM Ecology sp. z o.o. zysku z realizacji przedmiotu zamówienia. Zamawiający podniósł, że w jego ocenie wykonawca PM Ecology sp. z o.o. odniósł się i uwzględnił w cenie oferty wszystkie elementy, wyszczególnione w wezwaniu do złożenia wyjaśnień.

W wezwaniu do złożenia wyjaśnień, co do kalkulacji cen, zamawiający wymienił koszty, które powinny zostać wzięte pod uwagę przy kalkulacji ceny/kosztów, jednak nie wskazał

konkretnych założeń, które na tą kalkulację mogłyby wpłynąć. W związku z tym, wyjaśnienia składane przez wykonawców w zakresie dotyczącym ceny mogły w odmienny sposób prezentować założenia przyjęte indywidualnie przy kalkulacji kosztów. Zamawiający pozostawił wykonawcom swobodę w ustalaniu okoliczności, które mogłyby decydować o niższym poziomie ceny. W związku z brakiem wskazania przez zamawiającego konkretnych założeń w powyższym zakresie, wykonawca PM Ecology sp. z o.o. mógł przyjąć odmienne założenia kalkulacyjne, niż uczynił to odwołujący, co zdaniem zamawiającego nie przesądza o braku rzetelności kalkulacji dokonanej przez PM Ecology sp. z o.o. Zgodnie z ugruntowanymi poglądami doktryny i orzecznictwa to na wykonawcy ciąży obowiązek wykazania, jakie obiektywne czynniki pozwoliły mu na obniżenie ceny oferty oraz w jakim stopniu dzięki tym czynnikom cena oferty została obniżona (wyrok z dnia 2 lutego 2016 r., KIO 66/16). Wykonawca PM Ecology sp. z o.o. w wyjaśnieniach przedstawił założenia w zakresie kosztów pracowniczych polegających na oddelegowaniu do realizacji zamówienia części swojego stałego personelu zatrudnionego na podstawie umowy o pracę tylko w wymiarze godzin wymaganych do jego realizacji, uzasadniając tym samym brak konieczności alokowania do realizacji zamówienia pełnego kosztu zatrudnienia osób, które w projekcie będą brały udział sporadycznie. Ponadto, wykonawca PM Ecology sp. z o.o. w wyjaśnieniach wskazał również na inne okoliczności, które wpływają na różnicę ceny w stosunku do pozostałych wykonawców i szacowanego przez zamawiającego kosztu zamówienia, jak m.in. lokalizacja biura oraz bazy przechowywania sprzętu pomiarowego wykonawcy, a także własnego warsztatu elektronicznego i mechanicznego, które mieszczą się w Gdańsku, co wpływa na koszty logistyki i czasu pracy związane z przemieszczaniem się pracowników, czy koszt wytworzenia rejestratorów, które są produkowane przez wykonawcę we własnym zakresie (informacje wskazane w treści wyjaśnień nie objętych tajemnicą przedsiębiorstwa). Szczegółowe wyliczenia kosztów zostały przedstawione w odrębnych załącznikach stanowiących integralną część wyjaśnień wykonawcy PM Ecology sp. z o.o., a których treść została przez wykonawcę objęta tajemnicą przedsiębiorstwa.

Zamawiający wskazał, że złożone przez PM Ecology sp. z o.o. wyjaśnienia pozwoliły na uznanie, że wykonawca ten sprostował wynikającemu z art. 224 ust. 5 ustawy Pzp obowiązkowi wykazania, że jego oferta nie zawiera ceny rażąco niskiej. W związku z powyższym, brak było podstaw do uznania ceny za rażąco niską w odniesieniu do oferty PM Ecology sp. z o.o., a w konsekwencji do odrzucenia oferty.

Zdaniem zamawiającego, odwołujący nie wykazał istnienia takiej okoliczności, która mogłaby uzasadniać przyjęcie, iż PM Ecology sp. z o.o. nie uwzględnił w kalkulacji kosztów, które miałyby czynić cenę nierealną, tj. taką, która nie pozwala uznać, że możliwe będzie zrealizowanie świadczenia bez straty dla tego wykonawcy. Prezentowane wyliczenie kosztów, jakie PM Ecology sp. z o.o. przyjął dla ustalenia ceny, stanowiło wynik

indywidualnej analizy, dla której podważenia należałoby przedstawić obiektywnie zmieniające kalkulację czynniki cenotwórcze.

Do postępowania odwoławczego – po stronie zamawiającego - skuteczne przystąpienie zgłosił wykonawca PM Ecology sp. z o.o. z siedzibą w Gdańsku.

Izba ustaliła i zważyła, co następuje.

Izba stwierdziła, że nie zachodzą przesłanki do odrzucenia odwołania, o których stanowi przepis art. 528 ustawy Pzp.

Zamawiający prowadzi postępowanie o udzielenie zamówienia publicznego z zastosowaniem przepisów ustawy Prawo zamówień publicznych wymaganych przy procedurze, której wartość szacunkowa zamówienia przekracza kwoty określone w przepisach wydanych na podstawie art. 3 ustawy Prawo zamówień publicznych.

Krajowa Izba Odwoławcza stwierdziła, że odwołujący posiada interes w uzyskaniu przedmiotowego zamówienia, kwalifikowanego możliwością poniesienia szkody w wyniku naruszenia przez zamawiającego przepisów ustawy, o których mowa w art. 505 ust. 1 ustawy Pzp, co uprawniało go do złożenia odwołania.

Uwzględniając dokumentację z przedmiotowego postępowania o udzielenie zamówienia publicznego, jak również biorąc pod uwagę oświadczenia i stanowiska stron, oraz uczestnika postępowania odwoławczego, złożone w pismach procesowych, jak też podczas rozprawy Izba stwierdziła, iż odwołanie nie zasługuje na uwzględnienie.

W ocenie Krajowej Izby Odwoławczej zarzuty odwołującego są bezzasadne.

Izba, w całości podzielając stanowisko zamawiającego, wskazuje, co następuje.

Zgodnie z przepisem art. 226 ust. 1 pkt 8 ustawy Pzp, zamawiający odrzuca ofertę, jeżeli zawiera rażąco niską cenę lub koszt w stosunku do przedmiotu zamówienia.

Art. 224 ust. 5 i 6 ustawy Pzp stanowią, iż obowiązek wykazania, że oferta nie zawiera rażąco niskiej ceny lub kosztu spoczywa na wykonawcy. 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.

Zgodnie z przepisem art. 516 ust. 1 pkt 10 ustawy Pzp – odwołanie zawiera wskazanie okoliczności faktycznych i prawnych uzasadniających wniesienie odwołania oraz dowodów na poparcie przytoczonych okoliczności. Z tym, że ustawodawca odstąpił od wskazanej zasady dotyczącej obowiązku złożenia dowodów wraz z odwołaniem, dając uczestnikom

sporu przed Krajową Izbą Odwoławczą obowiązek ich złożenia na zasadzie przepisu art. 535 ustawy Pzp, tj. dowody na poparcie swoich twierdzeń lub odparcie twierdzeń strony przeciwnej, strony i uczestnicy postępowania odwoławczego mogą przedstawiać aż do zamknięcia rozprawy. Wynika to z charakteru rozpoznania sprawy odwoławczej, która ma tryb kontradyktoryjny, co oznacza, że każdy z uczestników sporu ma możliwość odparcia twierdzeń strony przeciwnej powołując się na własne środki dowodowe.

Powyższe oznacza, że bierność dowodowa strony, czy też uczestnika postępowania odwoławczego, może wywołać skutek w postaci uznania przez Izbę, że strona bądź przystępujący w sposób niewystarczający wykazali zasadność podnoszonych twierdzeń. Powoływanie jedynie określonych tez, z przywołaniem okoliczności z nimi związanych w niektórych przypadkach może okazać się wystarczające. Jednakże w sprawie będącej przedmiotem rozpoznania, gdzie przedmiotem badania jest rażąco niska cena (rnc), zdaje się, że obligatoryjnym obowiązkiem odwołującego, który kwestionuje cenę i wyjaśnienia przystępującego, musi być poza wykazaniem, powołanie określonych dowodów, z których wynikać powinny okoliczności, na które powołuje się odwołujący.

Odwołujący żadnych dowodów nie powołał.

W ocenie Krajowej Izby Odwoławczej fakt, iż przepis art. 537 pkt 1 ustawy Pzp stanowi, iż ciężar dowodu, że oferta nie zawiera rażąco niskiej ceny, spoczywa na wykonawcy, który ją złożył, jeżeli jest stroną albo uczestnikiem postępowania odwoławczego, nie wyklucza obowiązku odwołującego wynikającego z przepisu art. 535 ustawy Pzp. Zdaniem Izby, jeżeli wyjaśnienia wykonawcy, do których załączono stosowne dowody znajdują się już w aktach postępowania, to wykonawca lub zamawiający (na zasadzie z art. 537 pkt 2 ustawy Pzp) mogą się na nie powołać, uznając, że są one wystarczające i pełne (odwołujący wniósł o ich włączenie w poczet materiału dowodowego - przyp. Izby).

W kontrze do tych dowodów, odwołujący winien przedstawić swoje dowody, jednakże odwołujący zaniechał swojego obowiązku.

Przechodząc do oceny podstaw, stanowiących zarzuty odwołania, Izba zwraca uwagę, że w ramach złożonych przez przystępującego wyjaśnień, poza częścią ogólną (dostępną odwołującemu), przystępujący złożył wyjaśnienia, które zostały objęte tajemnicą przedsiębiorstwa (TP). Odwołujący na rozprawie potwierdził okoliczność, iż z częścią wyjaśnień zastrzeżonych TP się nie zapoznał. Zdaniem Izby, to właśnie z treści tych wyjaśnień, wraz z dowodami do nich załączonymi wynika, że ocena tych wyjaśnień, dokonana przez zamawiającego, jest prawidłowa, a co za tym idzie stanowisko zamawiającego o braku podstaw do odrzucenia oferty przystępującego, było zasadne.

Izba stwierdziła, że w zastrzeżonych TP wyjaśnieniach, przystępujący bardzo szczegółowo odniósł się do pytań zamawiającego, powołując w tym zakresie konkretne wyliczenia. Podał konkretnie, jakie osoby i w jakim zakresie będą realizowały zamówienie,

ustalając dla nich konkretne wynagrodzenie, za każdym razem wyższe niż obowiązujące i przewidywane dotyczące minimalnego wynagrodzenia. Przystępujący podał i wyliczył koszty związane z transportem pracowników, wymianą i serwisem urządzeń, elementy dotyczące wszystkich niezbędnych elementów zamówienia, w tym związanych z opracowaniem stosownych dokumentów, tłumaczeń, badań, itp., powołując się w określonym przez siebie zakresie do dowodów, które załączył do wyjaśnień. Przystępujący wyliczył i podał zysk, jaki zamierza osiągnąć na kontrakcie, przewidując i wyliczając stosowne ryzyka. Całokształt wyjaśnień sporządzonych przez przystępującego, uwzględniając również położenie siedziby przystępującego, dawało zamknięty obraz sposobu realizacji zamówienia, uwzględniający wszystkie niezbędne elementy do prawidłowego jego realizacji. Wyjaśnienia przystępującego dają podstawę do uznania, że sposób realizacji zamówienia potwierdza, że cena oferty nie jest rażąco niska, a złożone wyjaśnienia są zupełne.

Biorąc pod uwagę powyższe, orzeczono jak w sentencji.

O kosztach postępowania orzeczono stosownie do wyniku sprawy na podstawie art. 575 ustawy Pzp oraz § 8 ust. 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 wysokości wpisu od odwołania (Dz. U. poz. 2437).

Przewodniczący: