Sygn. akt:KIO 2679/20

WYROK

17 listopada 2020 r.

Krajowa Izba Odwoławcza - w składzie:

Przewodniczący:Anna Kuszel - Kowalczyk

Protokolant: Klaudia Kwadrans

po rozpoznaniu na rozprawie 13 listopada 2020 r. w Warszawie odwołania wniesionego
do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej 19 października 2020 r. przezwykonawcę **RECYCLING GROUP Sp. z o.o Sp.k. z siedzibą w Szczecinie** w postępowaniu prowadzonym przez Zamawiającego **Wojewódzką Stację Pogotowia Ratunkowego w Szczecinie**,
przy udziale:

A. wykonawcy **ENERGOKON – PLUS sp. z o.o. z siedzibą w Sosnowcu** zgłaszającego swoje przystąpienie do postępowania odwoławczego po stronie Odwołującego,

B. wykonawcy **Tomimpex Roboty Ziemne Sp. z o.o. z siedzibą w Szczecinie** zgłaszającego swoje przystąpienie do postępowania odwoławczego po stronie Zamawiającego

orzeka:

1. Uwzględnia odwołanie w zakresie zarzutu naruszenia art. 89 ust. 1 pkt 4 w zw. z art. 90 ust. 3 ustawy z dnia 29 stycznia 2004 roku – Prawo zamówień publicznych (Dz. U. z 2019 roku, poz. 1843 ze zm.) i nakazuje Zamawiającemu - **Wojewódzkiej Stacji Pogotowia Ratunkowego w Szczecinie** unieważnienie czynności wyboru najkorzystniejszej oferty, przeprowadzenie ponownej czynności oceny ofert i odrzucenie oferty wykonawcy **Tomimpex Roboty Ziemne Sp. z o.o. z siedzibą w Szczecinie** na podstawie art. 89 ust. 1 pkt 4 w zw. z art. 90 ust. 3 ustawy Pzp
2. w pozostałym zakresie zarzuty odwołania oddala
3. Kosztami postępowania obciąża wykonawcę **Tomimpex Roboty Ziemne Sp. z o.o. z siedzibą w Szczecinie** i:
   a. zalicza w poczet kosztów postępowania odwoławczego kwotę 10 000 zł 00 gr (słownie: dziesięć tysięcy złotych 00/100), uiszczoną przez Odwołującego - **RECYCLING GROUP Sp. z o.o. Sp.k. z siedzibą w Szczecini** tytułem wpisu od odwołania oraz kwotę 3 600 zł 00 gr (słownie: trzy tysiące sześćset złotych 00/100) stanowiącą uzasadnione koszty Odwołującego poniesione z tytułu wynagrodzenia pełnomocnika,
   b. zasądza od wykonawcy **Tomimpex Roboty Ziemne Sp. z o.o. z siedzibą w Szczecinie** na rzecz **RECYCLING GROUP Sp. z o.o. Sp.k. z siedzibą w Szczecinie** kwotę 13 600 zł 00 gr (słownie: trzynaście tysięcy sześćset złotych 00/100) stanowiącą koszty postępowania odwoławczego poniesione przez Odwołującego z tytułu wpisu od odwołania oraz kosztów wynagrodzenia pełnomocnika.

Stosownie do art. 198a i 198b ustawy z 29 stycznia 2004 r. Prawo zamówień publicznych
(Dz. U. z 2019 r., poz. 1843 ze zm.) na niniejszy wyrok - w terminie 7 dni od jego doręczenia - przysługuje skarga za pośrednictwem Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej
do Sądu Okręgowego w **Szczecinie**.

.....

Sygn. akt KIO 2679/20

U z a s a d n i e n i e

Wojewódzka Stacja Pogotowia Ratunkowego w Szczecinie, (dalej Zamawiający) prowadzi
na podstawie przepisów ustawy z 29 stycznia 2004 r. Prawo zamówień publicznych
(Dz. U. z 2019 r., poz. 1843 ze zm., dalej: ustawa Pzp) postępowanie o udzielenie zamówienia publicznego w trybie przetargu nieograniczonego pod nazwą: „Prace rozbiórkowe na działce zlokalizowanej przy ul. Twardowskiego 18 w Szczecinie ”, numer: 2020.09.ZP, zwane dalej Postępowaniem. Ogłoszenie o zamówieniu zostało zamieszczone w Biuletynie Zamówień Publicznych w dniu 20 sierpnia 2020 r. pod numerem 576551-N-2020. Wartość zamówienia nie przekracza kwot określonych w przepisach wykonawczych wydanych na podstawie art. 11 ust. 8 ustawy Pzp.

19 października 2020 r. wykonawca RECYKLING GROUP Sp. z o.o. Sp.k. z siedzibą w Szczecinie (dalej Odwołujący), wniósł odwołanie, w którym zaskarżył niezgodne z przepisami czynności i zaniechania Zamawiającego w postępowaniu, zarzucając mu naruszenie następujących przepisów prawa:

1) art. 89 ust. 1 pkt 4 w zw. z art. 90 ust. 2 i 3 ustawa Pzp poprzez wybór oferty TOMIMPEX podlegającej odrzuceniu z powodu zaoferowania w tej ofercie ceny rażąco niskiej w stosunku do przedmiotu Zamówienia, wobec tego, że TOMIMPEX - na wezwanie Zamawiającego na podstawie art. 90 ust. 1a pkt 1 ustawy Pzp - nie wykazał, że jego oferta nie zawiera rażąco niskiej ceny,
2) art. 8 9 ust. 1 pkt 2 ustawy Pzp poprzez wybór oferty TOMIMPEX podlegającej odrzuceniu z powodu braku odpowiadania treści tej oferty treści specyfikacji istotnych warunków Zamówienia wobec treści wyjaśnień TOMIMPEX z dnia 14 września 2020r., w których pominięto szereg generujących koszty elementów wchodzących w zakres realizacji Zamówienia,
3) art. 7 ust. 1 ustawy Pzp, przez prowadzenie postępowania w sposób niezapewniający zachowania uczciwej konkurencji i równego traktowania wykonawców.

W oparciu o powyższe zarzuty Odwołujący wniósł o uwzględnienie odwołania, nakazanie Zamawiającemu unieważnienia czynności wyboru najkorzystniejszej oferty i odrzucenia oferty TOMIMPEX oraz nakazanie ponownej oceny niepodlegających odrzuceniu ofert złożonych w Postępowaniu. Ponadto Odwołujący wniósł o obciążenie Zamawiającego kosztami postępowania odwoławczego.

W pierwszej kolejności Odwołujący w odwołaniu przedstawił stan faktyczny sprawy.
Zamawiający w dniu 20 sierpnia 2020 r. opublikował ogłoszenie o zamówieniu nr 576551-N-2020 dotyczące postępowania o udzielenie zamówienia publicznego w trybie przetargu nieograniczonego na roboty budowlane pn. „Prace rozbiórkowe na działce zlokalizowanej przy ulicy Twardowskiego 18 w Szczecinie” (znak Zamawiającego: 2020.09.ZP),

zwanego wcześniej i dalej „Postępowaniem”.
Zgodnie ze specyfikacją istotnych warunków zamówienia (rozdział X pkt 8) cena oferty będzie stanowić wynagrodzenie ryczałtowe obejmujące wszystkie koszty związane z realizacją przedmiotu Zamówienia.
Kryteriami oceny ofert zgodnie z rozdziałem XII SIWZ ustalono cenę brutto (60% wagi) oraz termin realizacji (40% wagi).
Oferty złożyło 8 wykonawców. Zgodnie z przyjętymi kryteriami oceny ofert, najwyżej ocenioną ofertę złożyło Szczecińskie Centrum Brukarskie sp. z o.o. w Dobrej (cena brutto 144.283,00 zł, termin realizacji 20 dni). Drugą w kolejności ofertę złożył TOMIMPEX (cena brutto 307.500,00 zł, termin realizacji 21 dni), zaś trzecią - Odwołujący (cena brutto 324.597.00 zł, termin realizacji 20 dni).
Zamawiający przeznaczył na sfinansowanie Zamówienia kwotę 1.911.500,00 zł.
Wobec powyższego Zamawiający na podstawie art. 90 ust. 1 ustawy Pzp w związku z art. 90 ust. 1 a pkt 1 ustawy Pzp zwrócił się do wykonawców (przez wezwania z dnia 9 września 2020 r. m.in. do TOMIMPEX i Odwołującego) o udzielenie wyjaśnień, w tym złożenia dowodów dotyczących wyliczenia ceny, w szczególności w zakresie szczegółowo opisanym w treści wezwania, tj.:

1) oszczędności metody wykonania zamówienia, wybranych rozwiązań technicznych, wyjątkowo sprzyjających warunków wykonywania zamówienia dostępnych dla wykonawcy, oryginalności projektu wykonawcy,
2) 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,
3) pomocy publicznej udzielonej na podstawie odrębnych przepisów,
4) wynikającym z przepisów prawa pracy i przepisów o zabezpieczeniu społecznym, obowiązujących w miejscu, w którym realizowane jest zamówienie, wynikającym z przepisów prawa ochrony środowiska,
5) powierzenia wykonania części zamówienia podwykonawcy.

Odwołujący podkreślił że, Zamawiający wyraźnie zastrzegł w ww. wezwaniach, że oczekiwał wykazania przez wykonawcę, iż oferowana cena obejmuje wykonanie całego przedmiotu Zamówienia zgodnie z wymaganiami określonymi przez Zamawiającego oraz wynikającymi z odrębnych przepisów. W szczególności zaś ze złożonych wyjaśnień oraz załączonych do nich dowodów powinno wprost wynikać, czy oferta zakłada pełen zakres prac wynikający ze specyfikacji istotnych warunków zamówienia, w tym w szczególności:

1) przygotowanie i zabezpieczenie terenu objętego rozbiórkami przed dostępem osób postronnych i usunięciem kolidującej z wyburzeniami zieleni;
2) rozbiórkę budynków i budowli BI, BI a, B2, B3, B9, B10, BI 1, BI 5, BI 7, BI 8, BI 9, B20 i B21;
3) rozbiórkę istniejących nawierzchni utwardzonych znajdujących się na terenie działki, zniwelowanie terenu po przeprowadzonych rozbiórkach i w razie konieczności nawiezienie gruntu zasypowego w miejsca obniżeń terenu po wyburzonych obiektach;
4) przekruszenie konstrukcji betonowych na materiał do wykonania podbudowy, i złożenie go we wskazanym miejscu;
5) zasypanie pozyskanym podczas prowadzenia prac urobkiem- gruntem rodzimym lokalnych obniżeń po wyburzonych wcześniej budynkach, zasypaniem wykopu po wyburzonym zbiorniku p-poż. i schronie do poziomu gruntu wokół;
6) segregację, wywiezienie i utylizację powstałych odpadów budowlanych z terenu objętego pracami (dotyczy odpadów nieobjętych przekruszeniem na podbudowę);
7) wykonanie zabezpieczenia terenu po wyburzeniach - ustawienie ogrodzenia z elementów drewnianych i siatki leśnej w miejscu po wyburzonych budynkach i połączenie ich z istniejącym ogrodzeniem;
8) wykonanie prac porządkowych po wykonaniu rozbiórek;
9) wykonanie mapy powykonawczej i zgłoszenie wyburzeń do MODGiK Szczecin;
10) wykonanie dokumentacji powykonawczej;
11) wykonanie niezbędnych robót tymczasowych i towarzyszących niezbędnych do zrealizowania robót podstawowych, osiągnięcia zakładanego celu, jak i osiągnięcia zakładanych efektów i rezultatów umowy;
12) wypełnienie wszelkich zaleceń, zapisów, robót, zobowiązań w tym nałożonych na Zamawiającego, a wynikających z Warunków Technicznych, decyzji, pozwoleń, umów, uzgodnień, opinii i innych dokumentów formalno-prawnych przekazanych wykonawcy przez Zamawiającego;
13) ubezpieczenie odpowiedzialności cywilnej za szkody wyrządzone w trakcie realizacji przedmiotu umowy na sumę gwarancyjną co najmniej 500 000,00 zł na jeden i wszystkie wypadki w okresie ubezpieczenia, spełniającą warunki szczegółowe określone we wzorze umowy;
14) powołanie kierownika budowy na czas prowadzenia prac rozbiórkowych do momentu odbioru prac;
15) wykonanie inwentaryzacji geodezyjnej powykonawczej i zgłoszenia zmian do zasobu geodezyjnego,
16) wykonanie ewentualnych badań saperskich.

Jednocześnie Zamawiający w ww. wezwaniach wskazał by przedłożone wyjaśnienia zawierały kosztorys ofertowy sporządzony metodą szczegółową, co miało ułatwić weryfikację dokumentacji.
W wyniku powyższego Odwołujący złożył wyjaśnienia pismem z dnia 15 września 2020r., w których zawarto m.in. wyliczenia wszystkich elementów wchodzących w zakres realizacji Zamówienia oraz do których załączono wypełniony przedmiar robót (czyli kosztorys ofertowy).
TOMIMPEX złożył wyjaśnienia w tym zakresie pismem z dnia 14 września 2020 r. Zamawiający, po zapoznaniu się z treścią wyjaśnień wykonawcy Szczecińskie Centrum Brukarskie sp. z o.o. w Dobrej, zdecydował o odrzuceniu oferty tego wykonawcy, co uzasadnił w informacji o odrzuceniu oferty z dnia 28 września 2020 r. przyjęciem przez wykonawcę kosztu roboczogodziny na poziomie 17,00 zł i brakiem wykazania - w ocenie Zamawiającego - by wykonawca uwzględnił koszty pracodawcy związane z zatrudnieniem pracowników.
Wezwaniem z dnia 28 września 2020 r. Zamawiający zwrócił się do TOMIMPEX jako wykonawcy, którego oferta została najwyżej oceniona, na podstawie art. 26 ust. 2 ustawy Pzp o złożenie oświadczeń i dokumentów potwierdzających okoliczności, o których mowa w art. 25 ust. 1 ustawy Pzp.
TOMIMPEX odpowiedział na wezwanie pismem doręczonym Zamawiającemu w dniu 30 września 2020 r.
W dniu 8 października 2020 r. Zamawiający na podstawie art. 26 ust. 3 ustawy Pzp zwrócił się do TOMIMPEX o złożenie wyjaśnień w zakresie podstawy dysponowania osobą wskazaną jako de facto kierownik budowy w związku z tym, że TOMIMPEX w swojej ofercie jako powyższą podstawę podał „umowa o dzieło”. Zamawiający jednoznacznie zasugerował TOMIMPEX treść tych wyjaśnień zadając pytanie„czy pomiędzy wykonawcą, a tą osobą jest zawarty stosowny stosunek cywilnoprawny (umowa zlecenia) tj. zachodzi przypadek dysponowania bezpośredniego, zaś wzmiankowana

umowa o dzieło stanowi oczywistą omyłkę".
Pismem z dnia 12 października 2020 r. Odwołujący poinformował Zamawiającego o czynności niezgodnej z przepisami ustawy Pzp przez to, że zaniechał on odrzucenia oferty TOMIMPEX m.inpomimo tego, że ze złożonych przez TOMIMPEX wyjaśnień dotyczących rażąco niskiej ceny z dnia 14 września 2020 r. wynika wprost, że pominięto szereg generujących koszty elementów wchodzących w zakres realizacji Zamówienia.
Pomimo powyższego w dniu 13 października 2020 r. Zamawiający poinformował o wyborze jako najkorzystniejszej oferty TOMIMPEX.
W klasyfikacji punktowej Odwołujący został ujęty na drugiej pozycji za TOMIMPEX.
Odwołujący podkreślił, że czynność wyboru najkorzystniejszej oferty objęta jest niniejszym odwołaniem.
Odwołujący przedstawił fakty uzasadniające odwołanie:
A.Zarzut naruszenia art. 89 ust. 1 pkt 4 w zw. z art. 90 ust. 2 i ust. 3 ustawy Pzp.
TOMIMPEX w swoich wyjaśnieniach z dnia 14 września 2020 r. (tj. dotyczących zarzucanej rażąco niskiej ceny jego oferty) nie udzielił wystarczających wyjaśnień dotyczących wyliczenia ceny swojej oferty.
Przeciwnie - z wyjaśnień TOMIMPEX wynika, w ocenie Odwołującego, że koszt realizacji Zamówienia (bez zysku) został wyliczony na kwotę 289.664,63 zł netto, gdy zaoferowana przez TOMIMPEX cena netto to 250.000,00 zł netto.
Ponadto Odwołujący ocenił, że kompletnie niewykazane są twierdzenia TOMIMPEX co do dodatkowego zysku w łącznej wysokości 127.399,80 zł, jaki być może zostanie osiągnięty w wyniku oddania do skupu złomu i poddania pozyskanego gruzu recyklingowi. W szczególności zauważyć należy, iż TOMIMPEX w złożonych wyjaśnieniach nie przedstawił żadnego dowodu na okoliczność ceny jednostkowej tony złomu w skupie ani ceny jednostkowej tony zrecyklingowanego gruzu. TOMIMPEX zaniechał przedstawienia w tym zakresie także wartości robót polegających na poddaniu gruzu czy innych materiałów przetworzeniu. Nie odjął zatem kosztów samego recyklingu, które są w praktyce niepomijalnie wysokie.
B. Zarzut naruszenia art. 89 ust. 1 pkt 2 ustawy Pzp.
Odwołujący wskazał, że z wyjaśnień TOMIMPEX wynika, że w ofercie tego wykonawcy nie uwzględniono kosztu szeregu prac i obowiązków składających się na realizację Zamówienia.
Jak wskazał Zamawiający w wezwaniu do złożenia wyjaśnień dotyczących rażąco niskiej ceny z wyjaśnień miało wprost wynikać, czy oferta zakłada objęcia nią pełnego zakresu prac wynikających z SIWZ,co Zamawiający uszczegółowił w 16 punktach.
Odwołujący podniósł, że z wyjaśnień TOMIMPEX wynika, że cena oferty nie obejmuje kosztu następujących prac i obowiązków składających się na realizację Zamówienia:

- -utylizacji papy (odpad niebezpieczny);
- -utylizacji drewna zaolejonego z konstrukcji oraz poszycia dachu (odpad niebezpieczny);
- -utylizacji pozostałych materiałów innych niż gruz oraz ich transport;
- - zatrudnienia kierownika budowy oraz pracowników zatrudnionych przy realizacji Zamówienia (podano jedynie stawkę roboczogodziny operatora kruszarki), w tym kosztów podatków i ubezpieczenia ponoszonych w związku z zatrudnieniem.

W ocenie Odwołującego, brak wskazania ceny opisanych wyżej istotnych zakresów zamówienia świadczy o ich pominięciu w kalkulacji, która pomimo powyższego i tak potwierdza, że wartość samych robót jest znacznie wyższa niż wartość oferty TOMIMPEX. Zdaniem Odwołującego TOMIMPEX potwierdził swoimi wyjaśnieniami, że nie skalkulował w ofercie wszystkich jej elementów zakresu zamówienia.
C. Zarzut naruszenia art. 7 ust. 1 ustawy Pzp
Odwołujący podał, że Zamawiający odrzucił ofertę wykonawcy Szczecińskie Centrum Brukarskie sp. z o.o. w Dobrej z uwagi na to, że z treści wyjaśnień przedstawionych przez tego wykonawcę nie wynika, by w cenie oferty uwzględniono koszty pracodawcy związane z zatrudnieniem pracowników. Jednocześnie Zamawiający nie odrzucił oferty TOMIMPEX pomimo tego, że z wyjaśnień tego wykonawcy również nie wynika, by cena jego oferty obejmowała przedmiotowe koszty.
Zdaniem Odwołującego, naruszającym zasadę równego traktowania wykonawców jest również sugerowanie TOMIMPEX przez Zamawiającego treści wyjaśnień, co miało miejsce w przypadku wezwania z dnia 8 października 2020 r. w zakresie wskazania podstawy dysponowania osobą wskazaną de facto jako kierownik budowy. W treści tego wezwania zawarto pytanie „czy pomiędzy wykonawcą, a tą osobą jest zawarty stosowny stosunek cywilnoprawny (umowa zlecenia) tj. zachodzi przypadek dysponowania bezpośredniego, zaś wzmiankowana umowa o dzieło stanowi oczywistą omyłkę", które wprost sugerowało jakiej odpowiedzi oczekuje Zamawiający.
W dalszej części Odwołujący przedstawił argumentację odnośnie przedstawionych zarzutów:
A Zarzut naruszenia art. 89 ust. 1 pkt 4 w zw. z art. 90 ust. 2 i ust. 3 ustawy Pzp
W pierwszej kolejności Odwołujący zaznaczył, iż zgodnie z art. 90 ust. 2 ustawy Pzp to wykonawca ma obowiązek wykazania, że jego oferta nie zawiera rażąco niskiej ceny lub kosztu. Również w postępowaniu odwoławczym ciężar dowodu, że oferta nie zawiera rażąco niskiej ceny lub kosztu, spoczywa na:

1)wykonawcy, który ją złożył, jeżeli jest stroną albo uczestnikiem postępowania odwoławczego;
2)zamawiającym, jeżeli wykonawca, który złożył ofertę, nie jest uczestnikiem postępowania (patrz Skubiszak-Kalinowska Irena, Wiktorowska Ewa, Prawo zamówień publicznych. Komentarz aktualizowany, publ. LEX/el. 2020).

W kontekście niniejszej sprawy oznacza to, że ciężar dowodu, że oferta TOMIMPEX nie zawiera rażąco niskiej ceny spoczywa na Zamawiającym. Odwołujący podniósł, że zgodnie z jednolitym poglądem orzecznictwa odpowiedź wykonawcy nie może być lakoniczna i powierzchowna, aby można ją było potraktować jako wyczerpującą i rozwiewającą wątpliwości. Złożenie wyjaśnień, które nie wyjaśniają wątpliwości co do rynkowego charakteru ceny oferty winno skutkować odrzuceniem oferty. Na potwierdzenie tych poglądów, wskazał wyrok Krajowej Izby Odwoławczej z dnia 13.10.2014 r., KIO 2031/14, publ. LEX nr 1565729.
Jednocześnie Odwołujący zaznaczył, iż do wyjaśnień złożonych w odpowiedzi na wezwanie skierowane w trybie art. 90 ust. 1 ustawy Pzp wykonawca powinien przedłożyć wszystkie stosowne dowody potwierdzające wyjaśnienia. Brak wykonania powyższego stanowi o tym, że wyjaśnienia są gołosłowne i — jako takie - powinny skutkować odrzuceniem oferty, której dotyczą. Na potwierdzenie powyższego stanowiska wskazał wyrok KIO z dnia 24.11.2017 r., KIO 2380/17.
W świetle powyższego, w ocenie Odwołującego, wyjaśnień TOMIMPEX nie można uznać za wykazujące to, że oferta tego wykonawcy nie zawiera rażąco niskiej ceny. Wyjaśnienia te - jak już zaznaczono powyżej - są niepełne i niepotwierdzone dowodami pomimo tego, że Zamawiający w wezwaniu do złożenia wyjaśnień podkreślał obowiązek przedstawienia dowodów oraz to, że z wyjaśnień ma wynikać to, że zaoferowana cena obejmuje realizację pełnego zakresu Zamówienia.

Ponadto Odwołujący stwierdził, iż w zakresie określenia wysokości dodatkowego spodziewanego ewentualnie zysku z realizacji Zamówienia opierają się wyłącznie na niczym niepotwierdzonych stawkach oraz zakładanych dowolnie ilościach przyjętych przez TOMIMPEX, a także nie uwzględniają kosztów, które konieczne są do poniesienia w celu uzyskania ewentualnych zysków ze sprzedaży.
Odwołujący wskazał, że z wyjaśnień TOMIMPEX wprost wynika, że wyliczony przez tego wykonawcę koszt realizacji Zamówienia znacznie przewyższa zaoferowaną cenę. Jako takie wyjaśnienia te nie powinny być uznane przez Zamawiającego za wykazujące to, że oferta TOMIMPEX nie zawiera rażąco niskiej ceny, skoro zawierają dowód przeciwny, że zaoferowany koszt wykonania zamówienia jest wyższy niż wartość oferty.
Ponadto Odwołujący wskazał, iż umowa w sprawie zamówienia publicznego jest umową wzajemną, w wykonaniu której świadczeniem wykonawcy są usługi, dostawy lub roboty budowlane, natomiast zamawiający dokonuje zapłaty na rzecz wykonawcy. Świadczenie wykonawcy ma więc charakter niepieniężny, zaś świadczenie zamawiającego ma, co do zasady, charakter pieniężny (por. przykładowo wyrok KIO z dnia 31 maja 2013 r., sygn. akt KIO 1153/13, teza 5). Przy koncepcji przyjętej przez TOMIMPEX w wyjaśnieniach, a zasadzających się na tym, że zaoferowaną cenę można pomniejszyć o dodatkowy zysk uzyskany w wyniku zrealizowania Zamówienia należałoby natomiast uznać, że wykonawca może świadczyć na rzecz zamawiającego świadczenie niepieniężne (będące w istocie realizacją przedmiotu zamówienia) i dodatkowo - nie wiadomo na jakiej podstawie - także świadczenie pieniężne, w dodatku wykonywane w sposób pozorny. Na potwierdzenie powyższego poglądu Odwołujący przywołał wyrok KIO z dnia 12.02.2016 r., KIO 93/16, LEX nr 2008752. Odwołujący podniósł również, że w świetle orzecznictwa Krajowej Izby Odwoławczej niedopuszczalne jest ustalenie ceny w sposób zaniżony przy założeniu, że koszt zamówienia zostanie pokryty z innych źródeł niż wynagrodzenie za wykonanie zamówienia (por. tezy wyroku KIO z dnia 24 stycznia 2014 r., KIO 32/14, wyrok KIO z dnia 18 czerwca 2018 r., KIO 1091/18).
Z daleko posuniętej ostrożności Odwołujący wskazał, iż wobec ogólnikowej treści wyjaśnień TOMIMPEX niemożliwe było ponowne wezwanie do złożenia wyjaśnień. Jak bowiem powszechnie przyjęto (patrz Nowicki Józef Edmund, Kołecki Mikołaj, Prawo zamówień publicznych. Komentarz, wyd. IV, publ. WKP 2019) zamawiający może wezwać ponownie do złożenia wyjaśnień tylko tego wykonawcę, który rzetelnie złożył pierwsze wyjaśnienia, a nie takiego, który, uchylając się od udzielenia szczegółowych informacji i przedstawienia dowodów, złożył wyjaśnienia w sposób zdawkowy i ogólnikowy. Powyższe potwierdzono również w orzecznictwie KIO (wyrok KIO z dnia 13.10.2014 r., KIO 2025/14, publ. LEX nr 1565723, jak również wyrok KIO z dnia 24.11.2017 r., KIO 2380/17).
B. Zarzut naruszenia art. 89 ust. 1 pkt 2 ustawy Pzp
Przy przyjęciu, że wyjaśnienia złożone przez TOMIMPEX są wyczerpujące stwierdzić należy, iż oznacza to, że oferta tego podmiotu nie obejmuje wykonania całego Zamówienia, co świadczy o niezgodności jej treści z treścią SIWZ.
W ocenie Odwołującego, brak ujęcia w wyjaśnieniach TOMIMPEX określonych wyżej kosztów prac i obowiązków wprost bowiem świadczy o tym, że oferta tego wykonawcy nie obejmuje wykonania tych prac oraz obowiązków.
W ocenie Odwołującego, bez znaczenia przy tym jest ryczałtowy charakter wynagrodzenia przewidzianego za realizację Zamówienia. Możliwość analizy oferty pod kątem rażąco niskiej ceny nie zależy bowiem od przyjętej przez zamawiającego formuły rozliczenia się z wykonawcą zamówienia publicznego (wynagrodzenie ryczałtowe lub kosztorysowe). Ograniczenie takie nie wynika z przepisu art. 90 ustawy Pzp, wobec czego przy ryczałcie badaniu również może podlegać cena lub koszt lub ich istotne części składowe wskazane przez zamawiającego w wezwaniu do złożenia wyjaśnień. Ewentualne kwestionowanie zasadności badania ceny oferty przy wynagrodzeniu ryczałtowym nie broni się nie tylko na gruncie przepisów ustawy Pzp, ale również w praktyce. Ryczałt - pomimo tego, że stanowi wynagrodzenie za całość prac niezbędnych do realizacji przedmiotu zamówienia, niezależnie od ich rzeczywistych rozmiarów i kosztów - nie jest dla zamawiającego zabezpieczeniem przed zaoferowaniem mu rażąco niskiej ceny. Ma to miejsce, przykładowo, w przypadkach, w których wykonawca kalkulując cenę oferty nie uwzględni w niej jakiegoś istotnego dla wykonania zamówienia elementu, co zostanie ujawnione chociażby na etapie składania wyjaśnień (patrz wyrok KIO z dnia 14.03.2017 r., KIO 373/17, publ. LEX nr 2261025).
Odwołujący zaznaczył przy tym, że informacje uzyskane od wykonawców w drodze wyjaśnień dotyczących rażąco niskiej ceny mogą również służyć ocenie zgodności oferty z SIWZ. Potwierdza to choćby wyrok KIO z dnia 15.04.2019 r., KIO 522/19, publ. LEX nr 2682268. Na kanwie niniejszej sprawy TOMIMPEX nie zawarł w swoich kalkulacjach wszystkich wymaganych robót i obowiązków umownych, których zawarcia oczekiwał Zamawiający.
4. Zarzut naruszenia art. 7 ust. 1 ustawy Pzp
Zasada zachowania uczciwej konkurencji przy opisie warunków udziału w postępowaniu, o której mowa w art. 7 ust. 1 ustawy Pzp oznacza zakaz podejmowania przez zamawiającego działań, które ograniczałyby w jakikolwiek sposób prawo rozpatrzenia oferty danej grupy wykonawców na takich samych zasadach, jak oferty innych wykonawców. Podobny cel służy zasadzie równego traktowania wykonawców, której egzemplifikację stanowi wymóg jednakowego traktowania ich w takich samych okolicznościach.
Tymczasem - w ocenie Odwołującego - w Postępowaniu wykonawcy nie byli traktowani jednakowo w takich samych okolicznościach. Jak już wskazano powyżej brak wyjaśnienia określonej kwestii (wykazania uwzględnienia w cenie oferty kosztów pracodawcy związanych z zatrudnieniem pracowników) doprowadził do odrzucenia oferty jednego wykonawcy - Szczecińskie Centrum Brukarskie sp. z o.o. w Dobrej lecz nie doprowadził do odrzucenia oferty TOMIMPEX.
Powyższe w połączeniu z faktem sugerowania T0M1MPEX przez Zamawiającego, jaką treść powinny przybrać jego wyjaśnienia dotyczące podstawy dysponowania osobą wskazaną de facto jako kierownik budowy uzasadnia twierdzenie, iż Zamawiający nie traktował TOMIMPEX tak jak pozostałych wykonawców.

23 października 2020 r. Zamawiający złożył odpowiedź na odwołanie i oświadczył, że uwzględnia je w całości.

27 października 2020 r. Tomimpex Roboty Ziemne Sp. z o.o. z siedzibą w Szczecinie (dalej: Przystępujący lub Tomimpex) złożył sprzeciw wobec uwzględnienia odwołania przez Zamawiającego. Odnosząc się do odwołania wniesionego przez RECYCLING GROUP sp. z o.o. sp.k. na wstępie Przystępujący podkreślił, iż jest ono bezzasadne i z tego względu nie powinno zostać uwzględnione.

W pierwszej kolejności za nietrafny, Przystępujący uznł zarzut naruszenia art. 89 ust. 1 pkt 4 w zw. z art. 90 ust. 2 i 3 ustawy Pzp. Cena zaoferowana przez Tomimpex Roboty Ziemne sp. z o.o. nie może zostać uznana za rażąco niską. Przystępujący stwierdził, że jest w stanie wykazać, że możliwe jest osiągnięcie dodatkowego zysku na skutek oddania pozyskanego gruzu do skupu złomu i poddania go procedurze recyklingu. Z uwagi na powyższe, w ocenie Przystępującego nie sposób uznać za zasadne twierdzeń Odwołującego w zakresie tego, że rzekomo dodatkowe spodziewane wynagrodzenie zostało określone w sposób dowolny.

Przystępujący wskazał, dodatkowy zysk możliwy do uzyskania z tytułu poddania złomu oraz gruzu recyklingowi wyniesie:

1.Złom - 54,1741 x 600,00 zł netto/t = 32 504,40 zł netto
2.Gruz z terenu rozbiórki (poza przekruszem) - ok. 2875,622 m3 x 2,2 = 6 326,36 t 6 326,36 t x 15,00 netto/t = 94 895,40 zł netto
daje łącznie 127399,80 zł

Przystępujący podkreślił, że powyższe wyliczenia zostały poczynione na podstawie informacji i wartości przekazanych przez zamawiającego. Na podstawie uzyskanych informacji wskazał zysk możliwy do uzyskania ze sprzedaży odpadów. W załączeniu złożył ofertę wraz z ceną potwierdzającą powyższe wyliczenia. Spółka ma możliwość sprzedaży złomu za kwotę 820 zł/tonę. Ponadto Przystępujący, w załączeniu do przystąpienia złożył 9 faktur VAT potwierdzających ceny, za jakie Tomimpex Roboty Ziemne sp. z o.o. sprzedawał w przeszłości przekrusz ceglany. Kwoty uzyskane ze sprzedaży przekruszu wynosiły nawet 20 zł netto za tonę. Podkreślić należy, że w treści wyjaśnień składanych w toku postępowania spółka wskazała, że jest w stanie sprzedać przekrusz ceglany za kwotę 15 zł netto za tonę. Wskazana w wyjaśnieniach kwota i tak jest niższa, niż kwoty, za które w przeszłości spółka sprzedawała przekrusz. Zatem zysk możliwy do osiągnięcia z tytułu sprzedaży odpadów jest większy niż pierwotnie wskazano, co wpływa znacząco na możliwość zaoferowania atrakcyjnej ceny wykonania zlecenia.

Przystępujący podkreślił, że na wysokość zaoferowanej ceny składają się również różnego rodzaju czynniki cenotwórcze inne niż koszty wynagrodzenia i pracy sprzętu, takie jak np.: stosowane technologie, czy procedury. W przypadku Tomimpex Roboty Ziemne sp. z o.o. posiadany sprzęt i technologie pozwalają na wykonanie prac po zaoferowanej cenie. Przystepujący podkreślił, iż w sposób szczegółowy wskazał na ten fakt w piśmie z dnia 14 września 2020 r., w którym wyjaśnił, że zaoferowana cena wynika m.in. ze stosowanych procedur, posiadanego sprzętu i technologii, jak też brakiem kosztów wynikających z nabywania materiałów niezbędnych do wykonania zlecenia. Powyższe wynika z faktu posiadania własnej żwirowni, co z kolei pozwala na pozyskiwanie piasku zasypowego bez konieczności ponoszenia wysokich kosztów jego zakupu (w tym marż sprzedawców i kosztów transportu przez podmioty zewnętrzne). Przystępujący wskazał, że piasek jest wydobywany samodzielnie przez Tomimpex Roboty Ziemne sp. z o.o., co pozwala na zniwelowanie kosztów wydobycia i transportu piasku do minimalnych kwot. Ponadto wskazał, że dysponuje maszynami budowlanymi i samochodami ciężarowymi, wywrotkami 4- osiowymi o ładowności 20 ton. Nadto posiada sprzęt w postaci ciągników siodłowych z naczepami o ładowności 27 ton. Posiadany sprzęt pozwala na zoptymalizowanie kosztów oraz czasu pracy pojazdów i maszyn zmniejszając pięciokrotnie czas konieczny do wykonania prac.

Przystępujący podkreślił, że oszczędności osiągnięte przez wykonawcę z tytułu posiadania pojazdów i innego rodzaju sprzętu niezbędnego do wykonania zlecenia polegają na tym, że sprzęt nie musi być wynajmowany przez spółkę. Z tego względu spółka jest w stanie zaoszczędzić znaczne środki, co wpływa na możliwość zaoferowania niższej ceny wykonania zlecenia. Dla przykładu Przystępujący wskazał, że koszt wynajmu koparki to kwota około 180 zł/godzinę. Spółka posiadając własny sprzęt nie jest zmuszona do ponoszenia kosztów związanych z wynajmem. Przystępujący zauważył również, że kwoty wynajmu kruszarki są jeszcze wyższe i również, z uwagi na posiadanie własnego sprzętu w tym zakresie spółka nie musi ich ponosić.

W ocenie Przystępującego, nie sposób uznać, że wyjaśnienia Tomimpex Roboty Ziemne sp. z o.o. dotyczące wykazania, że oferta nie zawiera rażąco niskiej ceny, są lakoniczne, czy powierzchowne. Spółka w sposób zupełny odniosła się do wezwania zamawiającego do złożenia wyjaśnień. Ponadto spółka przedłożyła do niniejszego pisma dowody świadczące o tym, że składane przez nią wyjaśnienia mają pokrycie w rzeczywistości. Przystępujący stwierdził, że mając na uwadze złożone wyjaśnienia, jak również dowody załączone do niniejszego pisma, uznać należy, że spółka sprostała spoczywającemu na niej ciężarowi dowodu w zakresie wykazania, że zaoferowana cena nie jest rażąco niska.

Przystępujący wskazał, że we wcześniejszej części pisma, Tomimpex Roboty Ziemne sp. z o.o. przedstawiła szczegółowe wyliczenia dotyczące spodziewanego zysku ze sprzedaży materiałów. Wyliczenia poparte zostały załączonymi do pisma dokumentami w postaci ofert skupu złomu i gruzu, a zatem Przystępujący uznał, że wyliczenia spółki zostały wykazane i udowodnione.

Przystępujący nie zgodził się z twierdzeniami w zakresie tego, że koszt wykonania zamówienia przewyższa zaoferowaną cenę. Przystępujący podniósł, że spółka uzyska dodatkowy zysk ze sprzedaży gruzu oraz złomu i tym samym koszt realizacji zamówienia nie przekroczy uzyskanego przez spółkę zysku, na który składać się będzie uzyskane wynagrodzenie oraz zysk ze sprzedaży odpadów.

Dalej Przystępujący wyjaśnił, że całkowicie bezzasadne są twierdzenia, jakoby Tomimpex Roboty Ziemne sp. z o.o. miał świadczyć na rzecz zamawiającego świadczenie pieniężne wykonywane w sposób pozorny. Odwołujący nie wskazał na czym miałoby polegać świadczenie pieniężne realizowane przez spółkę na rzecz zamawiającego. W szczególności uzyskanie przez spółkę dodatkowego zysku ze sprzedaży gruzu i złomu nie może zostać uznane za świadczenie pieniężne wykonywane na rzecz zamawiającego. Zamawiający w sposób jednoznaczny określił, na czym polega realizacja zamówienia i jakie ewentualnie materiały (gruz) mają pozostać na miejscu po zakończeniu prac rozbiórkowych. Odwołujący czyni Wykonawcy bezpodstawny zarzut, że ten przy kalkulowaniu ceny uwzględnił, iż uzyska z wyburzanych budynków materiały, które nie tylko nadają się do recyclingu ale także przedstawiają dla Wykonawcy wartość ekonomiczną, która szczegółowo została opisana powyżej oraz w wyjaśnieniach Wykonawcy dotyczących rażąco niskiej ceny.

Ponadto Przystępujący, wskazał, że w niniejszej sprawie nie ma miejsca sytuacja, w której wykonawca ma zamiar wykonywać usługę poniżej kosztów jej świadczenia. Wykonawca nie poniesie żadnej straty w związku z udzieleniem zamówienia. Z załączonej do pisma oferty wprost wynika jaką cenę wykonawca będzie w stanie uzyskać ze sprzedaży odpadów- kwoty wskazane przez wykonawcę nie mają więc charakteru spekulacji, czy założeń. Z uwagi na powyższe zamawiający ma możliwość oceny jakie konkretnie koszty poniesie wykonawca w związku ze świadczeniem usługi oraz jaki zysk odniesie ze sprzedaży odpadów- konkretnie z podziałem na zysk ze sprzedaży gruzu oraz zysk ze sprzedaży złomu.

Przystępujący podkreślił, że w orzecznictwie wskazuje się, iż „punktem odniesienia do określenia ceny jest przedmiot zamówienia i przyjąć można, że cena rażąco niska to taka, która jest nierealistyczna, niewiarygodna w porównaniu do cen rynkowych podobnych zamówień i ewentualnie innych ofert złożonych w toku postępowania o udzielenie zamówienia publicznego. O cenie rażąco niskiej można mówić wówczas, gdy oczywiste jest, że przy zachowaniu reguł rynkowych wykonanie umowy przez wykonawcę byłoby dla niego nieopłacalne. Cena rażąco niska jest ceną nierealistyczną, nieadekwatną do zakresu i kosztów prac składających się na dany przedmiot zamówienia, zakładającą wykonanie zamówienia poniżej jego rzeczywistych kosztów i w takim sensie nie jest ceną rynkową, tzn. generalnie niewystępującą na rynku, na którym ceny wyznaczane są m.in. poprzez ogólną sytuację gospodarczą panującą w danej branży i jej otoczeniu biznesowym, postęp technologiczno- organizacyjny oraz obecność i

funkcjonowanie uczciwej konkurencji racjonalnie na nim działających podmiotów" (wyrok Krajowej Izby Odwoławczej z dnia 30 lipca 2020 r. wydany w sprawie KIO 1284/20). W innym orzeczeniu wskazano z kolei, że„rażąco niska cena to przede wszystkim taka cena, za którą niemożliwe jest wykonanie należycie zamówienia" (wyrok Krajowej Izby Odwoławczej z dnia 2 stycznia 2019 r. wydany w sprawie KIO 2592/18). Mając na względzie treść powyższych orzeczeń, nie sposób uznać, że cena zaoferowana przez Tomimpex Roboty Ziemne sp. z o.o. jest rażąco niska. Wykonanie prac przez spółkę nie jest bowiem dla niej nieopłacalne. Zaproponowana cena jest ceną rynkową, która uwzględnia wszystkie koszty konieczne do poniesienia przez wykonawcę. Zamówienie z całą pewnością może zostać wykonane w całości w sposób prawidłowy, w zaoferowanym terminie. Brak zatem jakichkolwiek podstaw do przyjęcia, że cena zaproponowana przez Tomimpex Roboty Ziemne sp. z o.o. jest rażąco niska. Z tego względu zamawiający słusznie uznał wyjaśnienia wykonawcy za pełne i wystarczające.

Na marginesie Przystępujący wskazał, że ceny zaoferowane przez Tomimpex Roboty Ziemne sp. z o.o. (307 500 zł) oraz przez RECYCLING GROUP sp. z o.o. sp. k. (324 597 zł) nie różnią się od siebie w sposób znaczny. Są to ceny, których różnica wynosi jedynie 17 097 zł. Tym samym, odwołujący zarzucając zaoferowanie wykonania robót przez Tomimpex Roboty Ziemne sp. z o.o. po rażąco niskiej cenie, sam musiałby przyznać, że cena zaoferowana przez niego również jest rażąco niska.

W dalszym ciągu odnosząc się do treści odwołania, Przystępujący wskazał, że brak było podstaw do ponownego wezwania wykonawcy do złożenia wyjaśnień, a to z powodu tego, że wyjaśnienia złożone przez Tomimpex Roboty Ziemne sp. z o.o. były wyczerpujące. Wyjaśnienia złożone zostały w sposób rzetelny. Wykonawca nie uchylił się od przekazania wszystkich informacji związanych z wyceną prac. Twierdzenia odwołującego zawarte w tym fragmencie odwołania są bezzasadne. Odnosząc się do zarzutu naruszenia art. 89 ust. 1 pkt 2 PZP, Przystępujący podkreślił, że jest on nietrafny. Oferta złożona przez Tomimpex Roboty Ziemne sp. z o.o. obejmuje całe zamówienie. Wbrew twierdzeniom odwołującego, Przystępujący stwierdził, że odniósł się w treści pisma z dnia 14 września 2020 r. do całego zakresu prac składających się na zamówienie. Wskazał, iż spółka posiada pozwolenie na zbieranie, przetwarzanie, magazynowanie, transport i utylizację odpadów, w tym odpadów takich jak te, które mogą powstać przy wykonywaniu zamówienia. W piśmie podkreślił, że wszelkie odpady poddane zostaną recyklingowi z wykorzystaniem środków własnych spółki. Bezzasadny jest zatem zarzut, jakoby spółka nie ujęła w cenie oferty kosztów związanych z utylizacją papy, utylizacją drewna zaolejonego z konstrukcji oraz z poszycia dachu i utylizacji pozostałych materiałów innych niż gruz, oraz ich transportu. Większość ze wskazanych wyżej materiałów, spółka jest w stanie utylizować lub poddawać recyklingowi samodzielnie, w pełni z wykorzystaniem własnych środków, co zostało wskazane w wyjaśnieniach złożonych przez Tomimpex Roboty Ziemne sp. z o.o. Spółka posiada pozwolenie na przetwarzanie odpadów z betonu oraz gruzu betonowego z rozbiórek i remontów, gruzu ceglanego, odpadów innych materiałów ceramicznych, odpadów z remontów i przebudowy dróg, zmieszanych odpadów z budowy, remontów i demontażu. Po poddaniu odpadów recyklingowi spółka ma możliwość ich sprzedaży i uzyskania w ten sposób zysku. Dla przykładu wskazać można, że papy oraz opony są przez spółkę magazynowane na podstawie decyzji zezwalających na magazynowanie odpadów. Po zebraniu większej ilości odpadów spółka uzyskuje atrakcyjne ceny w skupie odpadów.

Przystępujący stwierdził, że nie pominął żadnych elementów zamówienia podczas dokonywania wyceny prac. Całość zamówienia zostanie przez wykonawcę zrealizowana za zaoferowaną cenę, która jest ceną rynkową.

W zakresie zarzutu dotyczącego braku wyjaśnień w zakresie wynagrodzenia pracowników zatrudnionych przy realizacji zamówienia, Przystępujący wskazał, że w treści wyjaśnień złożonych przez spółkę wyjaśniono, że na potrzeby zamówienia szacowana wartość stawki godzinowej pracowników to 15 zł netto/godzinę (pkt 6 wyjaśnień). Zatem również zarzut w tym zakresie jest niesłuszny. Podkreślić należy, że wynagrodzenie w kwocie 15 zł netto/godzinę w przypadku umowy o pracę to 17 zł brutto/godzinę. Zgodnie z rozporządzeniem Rady Ministrów z dnia 10 września 2019 r., w sprawie minimalnego wynagrodzenia za pracę oraz wysokości minimalnej stawki godzinowej w 2020 r. (Dz. U. 2019 poz. 1778), od dnia 1 stycznia 2020 r. minimalna stawka godzinowa wynosi 17 zł brutto. Pomimo, że stawka godzinowa nie odnosi się do umów o pracę (a do umów cywilnoprawnych), w treści złożonej oferty wykonawca wziął pod uwagę poniesienie kosztów związanych z wynagrodzeniem pracowników według stawek godzinowych. Z tego względu wynagrodzenie pracowników jest zgodne z przepisami prawa powszechnie obowiązującego w tym zakresie. Za bezzasadny należy uznać także zarzut dotyczący braku wskazania w ofercie kosztów związanych z zatrudnieniem kierownika budowy. Wykonawca współpracuje w sposób stały z kierownikiem budowy, który kieruje wszystkimi projektami realizowanymi przez Wykonawcę, za stałym miesięcznym wynagrodzeniem (ryczałt), bez względu na jego zaangażowanie czasowe.

W ocenie Przystępującego, nietrafny jest także zarzut dotyczący tego, że oferta złożona przez Tomimpex Roboty Ziemne sp. z o.o. miałaby rzekomo nie odpowiadać SIWZ ani nie obejmować swoim zakresem całego zamówienia Zamawiający w sposób prawidłowy uznał, że oferta spełnia wszelkie warunki wskazane w SIWZ. W treści oferty wskazano, że spółka wykona wszystkie prace składające się na udzielone zamówienie. W treści wyjaśnień wskazano również kalkulację kosztów oraz zysku wynikającego z wykonania zamówienia. Wszystkie wyjaśnienia są spójne i odnoszą się do całości SIWZ. Wszelkie koszty zostały skalkulowane przy określaniu ceny wykonania usługi.

Podsumowując, Przystępujący stwierdził, że w całości wyjaśnił co składa się na cenę zaoferowaną w toku przetargu, jak również wliczył w koszty wszystkie istotny elementy zamówienia nie pomijając przy tym żadnych prac. Zatem nie sposób zgodził się z odwołującym, że oferta Tomimpex Roboty Ziemne sp. z o.o. nie obejmuje swoim zakresem wykonania całego zamówienia (wszystkich prac składających się na zamówienie).

Ponadto, w ocenie Przystępującego z uwagi na podniesione w treści pisma argumenty, za bezzasadny powinien zostać uznany również zarzut naruszenia art. 7 ust. 1 ustawy Pzp. Tomimpex Roboty Ziemne sp. z o.o. uwzględniła wszystkie koszty, również te związane z zatrudnieniem pracowników. Bezzasadne jest porównywanie wyjaśnień złożonych przez Tomimpex Roboty Ziemne sp. z o.o. oraz wyjaśnień złożonych przez Szczecińskie Centrum Brukarskie sp. z o.o., gdyż Tomimpex Roboty Ziemne sp. z o.o. w treści wyjaśnień ujęła wszystkie koszty związane z wynagrodzeniami pracowników.

Zdaniem Przystępującego, wbrew twierdzeniom odwołującego, nie miała miejsce sytuacja, w której zamawiający sugerowałby spółce jakiej odpowiedzi oczekuje na pytanie zawarte w wezwaniu. W ocenie Przystępującego nie sposób uznać, że pytanie zadane przez Zamawiającego nosiło znamiona nierównego traktowania wykonawców i miało na celu sugerowanie jakiej odpowiedzi oczekuje zamawiający. Takiej sugestii nie sposób doszukać się w przywołanym w odwołaniu fragmencie pisma zamawiającego. Jak wskazano we wcześniejszej części pisma, Tomimpex Roboty Ziemne sp. z o.o., w przeciwieństwie do Szczecińskiego Centrum Brukarskiego sp. z o.o., ujęła w treści wyjaśnień wszystkie koszty związane z wykonaniem zamówienia, w tym koszty związane z wynagrodzeniem pracowników. Kwestie te zostały wyjaśnione w piśmie z dnia 14 września 2020 r. Brak jest zatem podstaw do uznania zarzutu naruszenia art. 7

ust. 1 PZP za usprawiedliwiony. W sprawie nie wystąpiły bowiem żadne okoliczności pozwalające na uznanie, że doszło do nierównego traktowania podmiotów biorących udział w przetargu.

Po przeprowadzeniu rozprawy Izba, uwzględniając dokumentację przedmiotowego postępowania o udzielenie zamówienia publicznego, w tym w szczególności wezwania do wyjaśnienia rażąco niskiej ceny wraz z wyjaśnieniami złożonymi przez Tomimpex Roboty Ziemne Sp. z o.o. z siedzibą w Szczecinie, jak również biorąc pod uwagę oświadczenia i stanowiska stron i przystępującego zawarte w odwołaniu, odpowiedzi na odwołanie, przystąpieniu, a także wyrażone ustnie na rozprawie i odnotowane w protokole, ustaliła i zważyła, co następuje.

W pierwszej kolejności Izba stwierdziła, że nie została wypełniona żadna z przesłanek ustawowych skutkujących odrzuceniem odwołania, wynikających z art. 189 ust. 2 ustawy Pzp.

Przystępując do rozpoznania odwołania, Izba ustaliła wystąpienie przesłanek z art. 179 ust. 1 Pzp, tj. istnienie po stronie odwołującego interesu w uzyskaniu zamówienia oraz możliwości poniesienia przez odwołującego szkody w wyniku kwestionowanych czynności zamawiającego.

Izba dopuściła do udziału w postępowaniu wykonawcę ENERGOKON – PLUS sp. z o.o. z siedzibą w Sosnowcu zgłaszającego przystąpienie do postępowania odwoławczego po stronie Odwołującego, uznając, iż zostały spełnione przesłanki z art. 185 ust. 2 Pzp.

Izba dopuściła do udziału w postępowaniu wykonawcę Tomimpex Roboty Ziemne Sp. z o.o. z siedzibą w Szczecinie zgłaszającego przystąpienie do postępowania odwoławczego po stronie Zamawiającego, uznając, iż zostały spełnione przesłanki z art. 185 ust. 2 Pzp.

Izba ustaliła, że:

Stan faktyczny sprawy przedstawiony powyżej w odwołaniu odpowiada prawdzie, w związku z czym brak jest konieczności opisywania go raz jeszcze.

Izba zważyła, co następuje:

Odwołanie zasługiwało na uwzględnienie.

Wydając wyrok Izba uznała za istotne dla sprawy i rozstrzygające poniższe kwestie.

Stosownie do art. 89 ust.1 pkt 4 ustawy Pzp Zamawiający odrzuca ofertę, jeżelizawiera rażąco niską cenę lub koszt w stosunku do przedmiotu zamówienia. Natomiast zgodnie z art. Zamawiający odrzuca ofertę wykonawcy, który nie udzielił wyjaśnień lub jeżeli dokonana ocena wyjaśnień wraz ze złożonymi dowodami potwierdza, że oferta zawiera rażąco niską cenę lub koszt w stosunku do przedmiotu zamówienia.

Celem wszczęcia procedury wyjaśniającej w ramach rażąco niskiej ceny jest wykazanie, że oferta została skalkulowana w sposób prawidłowy, a zaoferowana cena jest rynkowa, zatem już w odpowiedzi na wezwanie Przystępujący zobowiązany był złożyć konkretne wyjaśnienia poparte stosownymi dowodami. W odpowiedzi na wezwanie Przystępujący wskazał co prawda okoliczności, które w jego ocenie wpływają na wysokość zaoferowanej przez niego ceny, takie jak fakt posiadania taboru maszyn i sprzętu, żwirowni, dużego doświadczenia w wykonywaniu rozbiórek, a także posiadanie rozbudowanej decyzji na przetwarzanie, magazynowanie, transport i utylizację odpadów. Jednak nie sposób nie dostrzec, że Przystępujący w znacznej mierze pominął w swoich wyjaśnieniach wykazanie jak powyższe przekłada się na cenę oferty, jak duże oszczędności generują po stronie Przystępującego ww. okoliczności oraz jakiego rzędu są to oszczędności. Przystępujący wyjaśniając te okoliczności używa ogólnych stwierdzeń np. „szczególnie transport maszyn ponadgabarytowych tj. kruszarka, przy własnym transporcie, jest dla nas bardzo opłacalny", „wszystkie powierzone nam zadania zamierzamy wykonać własnym sprzętem i za pomocą przeszkolonego personelu, co generuje nam duże oszczędności", nie konkretyzując wpływu tych okoliczności na cenę. Ponadto Przystępujący w złożonych wyjaśnieniach wskazał, że wszyscy pracownicy są zatrudnieni na podstawie umowy o pracę i posiadają stałe wynagrodzenie oraz są odprowadzane obowiązkowe składki ZUS, a stawki godzinowe zaczynają się od 15,00 zł netto/h wzwyż, przy czym Przystępujący nie określił nawet w przybliżeniu kosztów zatrudnienia pracowników przewidzianych do realizacji zamówienia, ich liczby, czy też wymiaru czasu pracy (oprócz operatora kruszarki). Słusznie wskazał Odwołujący, że Tomimpex nie odniósł się również do kosztów związanych z pełnieniem funkcji kierownika budowy – brak informacji w wyjaśnieniach, jakie koszty z tym związane Tomimpex poniesie. Z funkcją kierownika budowy wiąże się również swoista niespójności wyjaśnień rażąco niskiej ceny z innymi oświadczeniami Przystępującego składanymi w ofercie – w wyjaśnieniach RNC Przystępujący oświadcza, że nie zatrudnia osób na umowę zlecenie, gdy z kolei w odpowiedzi na pytanie Zamawiającego co do podstawy dysponowania osobą wskazaną w wykazie osób Przystępujący deklaruje, iż z tą osobą łączy go stosunek cywilnoprawny tj. umowa zlecenie.

Podkreślenia wymaga, iż przedstawione przez przystępującego wyliczenie kosztów opiewało na kwotę 289 644,63 zł netto, przy czym wartość netto jego oferty wynosiła 250 000,00 zł. Wobec powyższego cena podana w ofercie nie pokrywała kosztów jakie dla realizacji zamówienia Przystępujący zmuszony byłby ponieść. Tomimpex oparł kalkulację zysku w złożonej ofercie na założeniu pokrycia części kosztów ze zbycia złomu oraz poddanego recyklingowi gruzu. Tomimpex założył, iż pozyska w ten sposób kwotę 127 399,80 zł, która pokryje koszty nie pokryte ceną oferty oraz wygeneruje zysk z realizacji zamówienia. W ocenie Izby, taki model biznesowy jest akceptowalny o ile faktyczne warunki realizacji zamówienia pozwalają na uzyskanie dodatkowego dochodu. Jednakże, w okolicznościach niniejszej sprawy Przystępujący, w żaden sposób nie udowodnił Zamawiającemu kluczowej kwestii, iż dochód uzyska i jaka będzie jego wysokość. Jak sam Przystępujący przyznaje w zgłoszeniu przystąpienia, dowody świadczące o tym, że składane przez niego wyjaśnienia mają pokrycie w rzeczywistości załączone są dopiero do tegoż zgłoszenia. W związku z tym, Izba wskazuje, że dowody takie winny być przekazane przez Przystępującego Zamawiającemu w odpowiedzi na wystosowane przez niego wezwanie z dnia 9 września 2020 roku, nie zaś dopiero w postępowaniu odwoławczym przed Izbą. W tym zakresie Izba podziela stanowisko wyrażone w wyroku Sądu Okręgowego Warszawa-Praga w Warszawie z dnia 09 kwietnia 2010 r., sygn. akt IV Ca 1299/09, zgodnie z którym: złożenie przez skarżącego dodatkowych wyjaśnień i przedstawienie nowych argumentów (w celu prawidłowości wyliczenia wskazanej w ofercie ceny) dopiero na rozprawie przed KIO było spóźnione i nie mogło być wzięte pod uwagę ani przez Izbę, ani tym bardziej przez Sąd Okręgowy. Definicja „określonego terminu" na złożenie wyjaśnień Zamawiającemu (art. 90 ust.1 ustawy Pzp) oznacza, że informacje i dowody przedstawione przez wykonawcę muszą być znane Zamawiającemu na konkretnym etapie postępowania przetargowego (celem umożliwienia mu podjęcia decyzji co do ewentualnego przyjęcia oferty lub jej odrzucenia), a nie w toku postępowania odwoławczego lub skargowego. Dlatego też, nie można zgodzić się z Przystępującym, iż przedstawione przez niego wyliczenia zostały udowodnione. Izba za orzeczeniem Sądu Okręgowego w Warszawie sygn. akt XXIII Ga 255/18 wskazuje, że „w związku z aktualizacją domniemania rażąco niskiej ceny, to

wezwany wykonawca, musiał stosownymi dowodami, to domniemanie obalić. Tymczasem (...) nie próbował nawet sprostać wymogom dowodowym. Podsumowując powyższe rozważania należało uznać, że aktualizował się obowiązek dowodowy wykazania przez wykonawcę, że cena nie jest rażąco niska. Mieliśmy tu więc nie tylko do czynienia z przeniesieniem ciężaru dowodu, ale również z domniemaniem faktycznym, że cena zaproponowana przez (...) jest rażąco niska. Przepis nakładał więc na tego wykonawcę konkretne obowiązki, zwłaszcza dowodowe, którym (...) nie sprostał. Oznacza to, że stanowisko zamawiającego (…) w zakresie oceny wyjaśnień (...) było nieprawidłowe i zastosować należało rygor z w zw. z art. 90 ust. 3 ustawy pzp., bowiem normy zawarte w tych przepisach dopełniają się, tzn. dopiero negatywna ocena wyjaśnień () skutkuje – modelowo - odrzuceniem oferty na podstawie .” Wspomniany w wyjaśnieniach przez Przystępującego zysk, wobec braku dowodów na realność jego osiągnięcia był iluzoryczny. Przystępujący w odpowiedzi na wezwanie zamawiającego zobowiązany był przedłożyć kalkulację ceny wraz z dowodami, co w ocenie Izby stanowi absolutne minimum, jakie wykonawca powinien przedstawić Zamawiającemu w odpowiedzi na wezwanie.

Izbie znany jest pogląd o możliwości powtórnego wezwania do złożenia wyjaśnień, jednak podkreślenia wymaga, że może to nastąpić tylko w sytuacji, gdy w odpowiedzi na pierwsze wezwanie wykonawca udzielił konkretnych i obszernych wyjaśnień i przedstawił dowody, lecz mimo to nie wszystkie wątpliwości zamawiającego zostały rozwiane, bądź też złożone wyjaśnienia zrodziły po stronie zamawiającego nowe wątpliwości, co w stanie faktycznym będącym przedmiotem rozpozna nie miało miejsca. Złożone przez Przystępującego wyjaśnienia są jedynie stwierdzeniami, niepopartymi dowodami i nie mogą stanowić wyjaśnień samych w sobie. Wydaje się, że każdy z wykonawców biorących udział w tym, czy jakimkolwiek innym postępowaniu o udzielenie zamówienia dysponuje doświadczeniem, własnym sprzętem, czy pracownikami, stąd też bez pokazania jak powyższe przekłada się na pozycję konkretnego wykonawcy w danym postępowaniu i na jego możliwości co do zaoferowania korzystniejszej niż konkurencja ceny, wyjaśnienia takie pozostają bezwartościowymi twierdzeniami. Przystępujący podkreślił, iż posiada decyzję zezwalającą na zbieranie, przetwarzanie, magazynowanie, transport i utylizację odpadów, jednak nie wyjaśnił w jakim zakresie posiadanie takiej decyzji przekłada się na cenę oferty i o ile obniża koszty w stosunku do wykonawców którzy takiej decyzji nie posiadają. W orzecznictwie Izby powszechnie i jednolicie jest prezentowany pogląd, że w razie przedstawienia wyjaśnień nie spójnych, lakonicznych, zbyt ogólnych i nie załączenia dowodów brak jest podstaw do ponownego wezwania i sytuacja taka powinna skutkować odrzuceniem oferty przez Zamawiającego, który zobowiązany jest do rzetelnej analizy składanych przez Wykonawców wyjaśnień.

Izba rozstrzygając powyższy zarzut nie uwzględniła dowodów przedstawionych przez Odwołującego w postaci korespondencji e-mail z firmami zajmującymi się odbiorem i recyklingiem odpadów, gdyż były nieistotne dla rozstrzygnięcia niniejszej sprawy.

Wobec powyższego, zarzut należało uwzględnić.

Izba uznała, że zarzut naruszenia art. 89 ust. 1 pkt 2 ustawy Pzp nie został wykazany. Wobec faktu, iż cena za przedmiot zamówienia została określona jako cena ryczałtowa, Zamawiający nie żądał złożenia przez wykonawców dokumentów potwierdzających przedmiotowo zakres oferty, a złożone przez Przystępującego wyjaśnienia rażąco niskiej ceny są niekompletne, niespójne, i budzą wątpliwości, w oparciu o nie, nie sposób przesądzić, iż treść oferty złożonej przez Przystępującego jest niezgodna z treścią SIWZ. A tylko takie jednoznaczne ustalenie, że oferta nie obejmuje wykonania całego przedmiotu zamówienia mogłoby stanowić podstawę do stwierdzenia niezgodności jej treści w treścią SIWZ. Stwierdzenie owej potencjalnej niezgodności wymagałoby przeprowadzenia dodatkowej procedury wyjaśniającej w trybie art. 87 ust. 1 pkt 2 ustawy Pzp, co wobec istnienia innych podstaw do odrzucenia oferty jest bezzasadne. Sam fakt, iż w ogólnych i pobieżnych, jak wskazano powyżej, wyjaśnieniach rażąco niskiej ceny wykonawca nie odniósł się do kilku jej elementów składowych nie świadczy o tym, iż elementy te nie zostały zaoferowane (np. zatrudnienie kierownika budowy zostało potwierdzone złożonym wykazem osób i późniejszymi wyjaśnieniami Przystępującego). Ponadto Odwołujący stawiając powyższy zarzut pozostaje w sprzeczności z własnymi tezami postawionymi w związku z zarzutem rażąco niskiej ceny i braku złożenia należytych wyjaśnień. Odwołujący uzasadniając zarzut naruszenia art. 89 ust. 1 pkt 4 w zw. z art. 90 ust. 3 ustawy Pzp wskazywał, że wyjaśnienia rażąco niskiej ceny złożone przez TOMIMPEX są „niepełne”, natomiast eksplikując omawiany zarzut wskazał, iż jest on uzasadniony tylko po przyjęciu, że wyjaśnienia złożone przez TOMIMPEX są wyczerpujące. Izba podziela pogląd wyrażony w wyroku z dnia 21 września 2020r., sygn. akt KIO 1838/20iż (…) w bardzo szczególnych okolicznościach możliwe jest uznanie, że złożone wyjaśnienia dowodzą niezgodności treści oferty z treścią siwz. W ocenie Izby niepokazanie danego kosztu nie stanowi o niezgodności treści oferty z treścią siwz, choćby tylko z tego względu, że dany koszt w ocenie danego wykonawcy mógł mieć znikomy wpływ na cenę i jego pominięcie mogło w ocenie wykonawcy nie mieć znaczenia dla oceny realności ceny, (…). Możliwość uznania, że treść oferty jest niezgodna z treścią siwz na podstawie złożonych wyjaśnień możliwa jest w ocenie Izby zasadniczo w dwóch przypadkach, gdy wynagrodzenie jest kosztorysowe i wykonawca wyjaśniając cenę potwierdzi, że danej pozycji kosztorysowej nie wycenił, albo w sytuacji, gdy z wyjaśnień wynika, że wykonawca zaoferował inny sposób wykonania zamówienia niż wynikał z treści siwz i taki sposób nie był dopuszczony jako równoważny lub zamawiający nie dopuścił składania ofert wariantowych, a z taką sytuacją w niniejszej sprawie nie mieliśmy do czynienia.

Ponadto Izba uznała, orzekając w granicach zarzutów podniesionych w odwołaniu, że działania Zamawiającego nie nosiły znamion naruszenia art. 7 ust. 1 ustawy Pzp w zakresie w jakim Odwołujący postawił zarzut naruszenia tego przepisu. Izba uznała, że w związku z formułą w jakiej Przystępujący złożył ofertę, tj. wobec deklaracji samodzielnej realizacji przedmiotu zamówienia, pytanie Zamawiającego było uzasadnione. Izba stwierdza również brak tożsamości wyjaśnień złożonych przez Szczecińskie Centrum Brukarskie Sp. z o.o. z siedzibą w Dobrej oraz wyjaśnień złożonych przez Przystępującego. Wobec czego nie potwierdził się zarzut naruszenia zasad uczciwej konkurencji i równego traktowania wykonawców i nieuzasadnionego różnicowania sytuacji wykonawców, gdyż okoliczności leżące u podstaw czynności Zamawiającego były odmienne.

Biorąc pod uwagę powyższe Izba orzekła jak w sentencji.

O kosztach postępowania odwoławczego orzeczono na podstawie i ustawy PZP oraz w oparciu o przepisy lit. b i rozporządzenia Prezesa Rady Ministrów z dnia 15 marca 2010 r. w sprawie wysokości i sposobu pobierania wpisu od odwołania oraz rodzajów kosztów w postępowaniu odwoławczym i sposobu ich rozliczania (Dz.U. z 2018 r.), zasądzając od uczestnika postępowania, który wniósł sprzeciw wobec uwzględnienia zarzutów odwołania przez Zamawiającego na rzecz Odwołującego koszty wpisu oraz wynagrodzenia pełnomocnika strony na podstawie faktury złożonej przed zamknięciem rozprawy.

……