sygn. akt: **KIO 2307/20, KIO 2324/20**

WYROK
z dnia 20 października 2020 r.

Krajowa Izba Odwoławcza - w składzie:

Przewodniczący: Emil Kuriata

Protokolant: Konrad Wyrzykowski

po rozpoznaniu na rozprawie w dniu 16 października 2020 r., w Warszawie, odwołań wniesionych do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej:

A) w dniu 14 września 2020 r., przez wykonawcę **A. S. prowadzącego działalność gospodarczą pod firmą Przedsiębiorstwo Usługowo Inżynieryjne „ARGO" mgr inż. A. S., ul. Palowicka 98; 44-230 Bełk (KIO 2307/20),**

B) w dniu 15 września 2020 r., przez wykonawcę – **D. M. prowadzącego działalność gospodarczą pod firmą ULMAN D. M., ul. Podgórna 14; 43-190 Mikołów (KIO 2324/20),**

w postępowaniu prowadzonym przez zamawiającego **Spółka Restrukturyzacji Kopalń S.A., ul. Strzelców Bytomskich 207; 41-914 Bytom,**

przy udziale:

1) wykonawcy **ENERGOKON-PLUS Sp. z o.o., ul. Mierosławskiego 3; 41-200 Sosnowiec,** zgłaszającego swoje przystąpienie do postępowania odwoławczego o sygn. akt: KIO 2307/20 - po stronie odwołującego,

2) wykonawcy **D. M. prowadzącego działalność gospodarczą pod firmą ULMAN D. M., ul. Podgórna 14; 43-190 Mikołów,** zgłaszającego swoje przystąpienie do postępowania odwoławczego o sygn. akt: KIO 2307/20 - po stronie odwołującego,

3) wykonawcy **AKPE GROUP Sp. z o.o., ul. Budowlana 8a/115; 40-301 Katowice,** zgłaszającego swoje przystąpienie do postępowania odwoławczego o sygn. akt: KIO 2307/20, 2324/20 - po stronie zamawiającego,

orzeka:

1. **Uwzględnia odwołania i nakazuje zamawiającemu unieważnienie czynności wyboru oferty najkorzystniejszej w części I i II zamówienia, odrzucenie oferty wykonawcy AKPE GROUP Sp. z o.o., ul. Budowlana 8a/115; 40-301 Katowice w części I i II zamówienia na podstawie art. 90 ust. 3 ustawy Pzp, powtórzenie czynności badania i oceny ofert w części I i II zamówienia.**
2. Kosztami postępowania obciąża zamawiającego **Spółka Restrukturyzacji Kopalń S.A., ul. Strzelców Bytomskich 207; 41-914 Bytom** i:
   2.1. zalicza w poczet kosztów postępowania odwoławczego kwotę **20 000 zł 00 gr** (słownie: dwadzieścia tysięcy złotych zero groszy) uiszczoną przez: **A. S. prowadzącego działalność gospodarczą pod firmą Przedsiębiorstwo Usługowo Inżynieryjne „ARGO" mgr inż. A. S., ul. Palowicka 98; 44-230 Bełk** (10 000,00 zł) oraz **D. M. prowadzącego działalność gospodarczą pod firmą ULMAN D. M., ul. Podgórna 14; 43-190 Mikołów** (10 000,00 zł), tytułem wpisów od odwołań,
   2.2. zasądza od zamawiającego **Spółka Restrukturyzacji Kopalń S.A., ul. Strzelców Bytomskich 207; 41-914 Bytom** na rzecz: 1) **A. S. prowadzącego działalność gospodarczą pod firmą Przedsiębiorstwo Usługowo Inżynieryjne „ARGO" mgr inż. A. S., ul. Palowicka 98; 44-230 Bełk** kwotę 13 600,00 zł (słownie: trzynaście tysięcy sześćset złotych) oraz 2) **D. M. prowadzącego działalność gospodarczą pod firmą ULMAN D. M., ul. Podgórna 14; 43-190 Mikołów,** kwotę 13 600,00 zł (słownie: trzynaście tysięcy sześćset złotych) stanowiącą koszty postępowania odwoławczego poniesione z tytułu wpisu od odwołania oraz wynagrodzenia pełnomocnika.

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

Przewodniczący:……

sygn. akt: **KIO 2307/20, KIO 2324/20**

Uzasadnienie

Zamawiający – Spółka Restrukturyzacji Kopalń S.A, prowadzi postępowanie o udzielenie zamówienia publicznego, w trybie przetargu nieograniczonego, którego przedmiotem jest „*Likwidacja obiektów budowlanych SRK S.A. Oddział Centralny Zakład Odwadnia Kopalń - Część I: „Wykonanie rozbiórki wybranych obiektów budowlanych przy szybie „Gigant" Etap I i Etap II - Pompownia "Pstrowski" Zabrze, Część II: „Wykonanie rozbiórki wybranych obiektów budowlanych przy szybie „Staszic" - Pompownia "Pstrowski" Zabrze, Część III: „Rozbiórka budynków oraz przebudowa zbiornika powierzchniowego p. poż.- Pompownia "Dębieńsko" - znak sprawy: ZP- CZOK-0009/20.*".

Ogłoszenie o zamówieniu zostało opublikowane w BZP z dnia 19 maja 2020 roku, pod numerem 541252-N-2020.

Zamawiający dnia 10 września 2020 roku, poinformował wykonawców o wyniku prowadzonego postępowania.

KIO 2307/20

Dnia 14 września 2020 roku wykonawca A. S. prowadzący działalność gospodarczą pod firmą Przedsiębiorstwo Usługowo Inżynieryjne „ARGO" mgr inż. A. S (dalej „*Odwołujący*") wniósł odwołanie do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej w zakresie części I i II zamówienia.

Odwołujący zarzucił zamawiającemu naruszenie:

1. art. 90 ust. 2 i 3 w zw. z art. 89 ust. 1 pkt 4 i art. 7 ust. 1 ustawy Pzp, poprzez zaniechanie odrzucenia oferty Akpe Group Sp. z o.o. (dalej „Akpe"), jako oferty zawierającej rażąco niska cenę, podczas gdy treść udzielonych przez tego wykonawcę wyjaśnień potwierdza, że jego oferta zawiera cenę rażąco niską z przyczyn szczegółowo wskazanych w uzasadnieniu odowołania,
2. art. 7 ust 1 ustawy Pzp, poprzez niezapewnienie uczciwej konkurencji i równego traktowania wykonawców, poprzez zaniechania obligatoryjnych działań przez zamawiającego, który to zarzut jest konsekwencją powyższego zarzutu i w konsekwencji dokonania wyboru, jako najkorzystniejszej oferty podlegającej odrzuceniu.

W związku z powyższym odwołujący wniósł o:

1) uwzględnienie odwołania w całości,

2)unieważnienie czynności wyboru najkorzystniejszej oferty złożonej przez Akpe,
3)odrzucenie oferty wykonawcy Akpe,
4)powtórzenie czynności badania i oceny ofert oraz wyboru najkorzystniejszej oferty z udziałem ofert niepodlegających odrzuceniu,
5)zasądzenie od zamawiającego na rzecz odwołującego kosztów postępowania odwoławczego.

Interes odwołującego. Odwołujący wskazał, że jest czynnie legitymowany do wniesienia odwołania, albowiem jest wykonawcą, który złożył ofertę. Zamawiający błędnie ocenił, że oferta Akpe nie zawiera ceny rażąco niskiej, w wyniku czego bezpodstawnie zaniechał odrzucenia jego oferty. W wyniku naruszenia przepisów ustawy interes odwołującego w uzyskaniu przedmiotowego zamówienia został naruszony, gdyż został on pozbawiony możliwości uzyskania zamówienia, a tym samym poniósł szkodę majątkową.

Odwołujący wskazał, iż oferta wykonawcy Akpe zawiera cenę rażąco niską w stosunku do przedmiotu zamówienia. Oferta Akpe zawiera cenę rażąco niską w stosunku do przedmiotu zamówienia, które obejmuje rozbiórkę aż 12 obiektów o łącznej kubaturze 22.989,93 m^3. Dzieląc zatem wynagrodzenie netto wyłonionego wykonawcy przez ilość metrów sześciennych, tj. kubaturę obiektów, staje się wątpliwym, by wykonawca, przy szeregu robót budowlanych i instalacyjnych zdołał wykonać przedmiot zamówienia w sposób prawidłowy w kwocie 14,70 zł netto za 1 m^3. Kwota ta jest nierealna dla tego wykonawcy ze względu na brak jakichkolwiek czynników sprzyjających, albowiem te, wskazane w wyjaśnieniach z dnia 6 sierpnia 2020 r., opisane zostały w sposób błędny i stanowią dowolne twierdzenia. Akpe nie przedstawił w swych wyjaśnieniach okoliczności i dowodów na sprzyjające i dostępne jedynie temu wykonawcy warunki wykonania zamówienia, które nie są jednocześnie dostępne pozostałym wykonawcom działającym na tym samym rynku. Powyższe powoduje, że nie można przyjąć, by po stronie tego wykonawcy istniały nadzwyczajne okoliczności, które nie są dostępne pozostałym wykonawcom, a które pozwoliły na obniżenie ceny w stosunku do cen innych wykonawców i wartości szacunkowej zamówienia. Budżet zamawiającego na realizację przedmiotowych zadań wynosił kolejno: część I 1.492.087,11 zł brutto, część II 209.130,20 zł brutto. W przypadku tego wykonawcy nie jest mowa o cenie 30% poniżej środków przeznaczonych na realizację zadań, lecz kolejno aż 75,2 % oraz 78,05 %, co zdecydowanie nie może pozostać ocenione w kategorii ceny rynkowej, zapewniającej wykonawcy realny zysk. Przytoczone w pkt. 10 pisma z dnia 06.08.2020 r. postępowania publiczne, niczym nie popierają obniżenia kosztów Akpe o przeszło 75%. Pierwsze dwa przykłady dotyczą absolutnie innego rynku, gdyż przedmiot zamówienia znajduje się w Warszawie, natomiast powołanie się na rozbiórkę budynku D Uniwersytetu Ekonomicznego w Katowicach jest gołosłowne, gdyż Akpe nie dysponuje wiedzą, jaki wynik finansowy osiągnął wykonawca tejże rozbiórki oraz czy prawidłowo wykonał przedmiot zamówienia. Odwołujący wskazał, iż w wyjaśnieniach nie podano konkretnych przykładów istnienia obiektywnie właściwych i wyjątkowych tylko dla Akpe czynników wpływających na obniżenie ceny. Wyszczególniony recykling gruzu na bazie tego wykonawcy jest abstrakcyjnym twierdzeniem, gdyż wykonawca nie poparł swojej tezy ani przedłożeniem ważnej decyzji środowiskowej, umożliwiającej dokonanie recyklingu, nie wskazał pod jakim adresem znajduje się owa baza oraz nie przedstawił konkretnie o jakich „przychodach" z tytułu obowiązku utylizacji gruzu jest mowa. Dodatkowo Akpe wpisany jest do Bazy Danych Odpadowych pod numerem 000016158, natomiast z wpisu nie sposób wywnioskować, by wykonawca dysponował zezwoleniem na przetwarzanie. Wykonawca posiada zezwolenie jedynie na transport i składowanie poszczególnych odpadów, a nie na ich przerób. Zgodnie z nowelizacją ustawy o odpadach z dnia 14.12.2012 r. zakazanym jest dokonywanie recyklingu, tj. zmian właściwości fizycznych odpadów bez posiadania ważnej i wiążącej decyzji środowiskowej zezwalającej. Z wiedzy odwołującego wynika, iż SRK S.A. również na terenach należących do oddziału KWK „CZOK" decyzjami środowiskowymi na przetwarzanie odpadów nie dysponuje, dodatkowo zamawiający w s.i.w.z. jednoznacznie wskazał, iż nie pozwala na przetwarzanie odpadów na swoim terenie.

Odwołujący podniósł, że deklarowana stawka 19,00 zł za jedną roboczogodzinę także nie ma przełożenia na możliwość analizy kosztów, jakie założył ten wykonawca. Akpe nie wykazał ilości personelu przeznaczonego do przedmiotowego zadania ani nie określił ram czasowych realizacji. Nic sposób zatem przyjąć, iż oświadczenie o zastosowaniu stawki „dopuszczonej przez prawo", mogło skutkować nieuznaniem oferty wykonawcy za zawierającą rażąco niską cenę. W wezwaniu zamawiający jasno określił jakie elementy cenowe winien wykazać wykonawca. Niezrozumiałym jest więc, dlaczego oferta tego wykonawcy nie została odrzucona, skoro wykonawca nie odniósł się w żaden sposób do; otrzymanego wezwania. Trudno przyjąć, iż „samowystarczalność" wykonawcy wpływa na zmniejszenie kosztów realizacji zamówienia przez Akpe. Wykonawca ten nie wykazał jakie w związku z tym ponosi oszczędności. Wręcz przeciwnie wydaje się, iż zatrudnianie pracowników, jak również bieżące utrzymywanie, konserwacja, naprawa sprzętów oraz pojazdów istotnie zwiększa koszty stałe działalności Akpe. Ponadto wykonawca ten nie dysponuje własną zwyżką (na którą powołuje się w swoim kosztorysie, wskazując na cenę 20,00 zł netto za 1 motogodzinę), własnym żurawiem 6 t, nie zatrudnia własnego geodety czy instalatorów uprawnionych do wykonania projektu przebudowy instalacji sprężonego powietrza. Nie można zatem przyjąć, iż „samowystarczalność" tego wykonawcy jest faktyczna. Zdaniem odwołującego, rozwijając temat szeregu błędów, jakich zamawiający nie doszukał się analizując kosztorys ofertowy firmy Akpe, odwołujący wskazuje na powtarzalne w każdej pozycji zaniżanie ilości motogodzin oraz roboczo godzin w stosunku do wyjaśnień rażąco niskiej ceny z dnia 26.06.2020 r. Odwołujący się ma wrażenie, iż wykonawca sam nie potrafi oszacować ram czasowych realizacji przedmiotowego zadania, gdyż dla przykładu w pozycji nr 17, dotyczącej przełożenia estakady ciepłowniczej:

w wyjaśnieniach z dnia 26.06.2020 r. było:
Robocizna: 200 r-g w kwocie 25,00 zł
Zwyżka: 50 m-g x 190,00 zł,
Żuraw 6t: 30 m-g x 143,00 zł,
w wyjaśnieniach z dnia 06.08.2020 r. jest natomiast:
Robocizna: 80 r-g x 19,00 zł
Zwyżka: 20 m-g x 20,00 zł
Żuraw 6t: 10 m-g x 84,00 zł.

Koszty poniesione przez tego wykonawcę w ramach wykonania zaledwie jednego z zadań, z niewiadomych przyczyn pomniejszono, aż o 36 434,10 zł, chodź zakres pozostał niezmienny. Zważywszy, iż firma nie dysponuje własnym żurawiem ani zwyżką, rury stalowe w ilości 630 kg zobowiązana jest zakupić oraz ułożyć,

dla tak znaczącego zaniżenia ceny realizacji, ciężko jest dopatrzyć się uzasadnienia czy okoliczności sprzyjających. Ponadto dla powyższego zadania, wykonawca winien wskazać dowód na możliwość wynajęcia zwyżki w kwocie 20,00 zł netto za 1 godzinę (transport, obsługa, paliwo), gdyż przedstawiona w wyjaśnieniach cena zdecydowanie jest rażąco niska. Nawet w przypadku posiadania własnej zwyżki, koszty pracy, amortyzacji i serwisu w kwocie 20,00 zł za 1 godzinę są odrealnione. W pozycji nr 18, dotyczącej przebudowy przyłącza wodociągowego, Akpe skraca czasookres z 50 i 30 motogodzin pracy zwyżki i żurawia do łącznie 10 godzin pracy obu sprzętów w wyjaśnieniach po przeprowadzonej aukcji elektronicznej. Uporczywe zaniżanie ilości motogodzin pracy sprzętu budowlanego, przedstawia zatem ofertę wykonawcy jako niewiarygodną i nierzetelną. Istotnym elementem realizacji przedmiotowego zadania jest wykonanie zabezpieczenia istniejącego fundamentu żelbetowego, stanowiącego podporę pod przewoźną maszynę wyciągową pod nową maszynę wyciągową. Budzącym wątpliwości jest wykonanie skutecznego zabezpieczenia w kwocie 1.327,71 zł, wówczas, gdy wyjaśnieniami z dnia 26.06.2020 r. deklarował przeznaczyć 9.736,88 zł. Skąd nagłe obniżenie cen płyt drogowych z kwoty 110 zł za 1 m^2 do kwoty 10 zł za 1 m^2.

Przechodząc dalej do tematu manipulacji kosztami poniesionymi w ramach realizacji przedmiotowego zadania, odwołujący wskazał, iż na wyszczególnienie zasługuje także cena 1m^3 humusu, która w wyjaśnieniach wykonawcy z dnia 26.06.2020 r. wynosiła 100 zł/1m^3, natomiast w dniu 06.08.2020 r. już 1,00 zł/1m^3. Wykonawca nie przedłożył natomiast żadnego dowodu na możliwość zakupu (załadunku i transportu) humusu w kwocie około 1,60 zł za 1 tonę. Cena owa jest absolutnie nieosiągalna, nierynkowa, odrealniona. Średnie rynkowe ceny wynoszą od 10,00 zł do 20,00 zł za 1 tonę humusu (jako dowód odwołujący przedłożył ofertę nr 1).

Odwołujący podniósł ponadto, iż zastanawiającym jest, dlaczego Akpe wskazuje w swoim kosztorysie koszt transportu (dla Części I i Części II) złomu w ilości łącznej 93,80 Mg, wówczas, gdy przedmiar robót jasno wskazuje, iż złomu przeznaczonego do przewiezienia na terenie kopalni jest 237,132 Mg. W tym zakresie koszt wykonawcy został zaniżony o 3.547,46 zł (z kosztorysu wykonawcy wynika, iż przewiezienie 1 tony złomu wraz z narzutami wynosi 24,75 zł). Jest to kolejny dowód, utwierdzający odwołującego, iż Akpe nie oparł swej wyceny na przedmiarze, zaniża ilości lub pomija jego poszczególne pozycje, co czyni jego ofertę niemożliwą do porównania z innymi ofertami złożonymi w toku postępowania. Przedstawiona przez Akpe w kalkulacji cena utylizacji szkła jest ceną rażąco niską (19,50 zł netto) której odzwierciedlenia nie sposób znaleźć w realiach rynkowych. Dla porównania, inni wykonawcy uczestniczący w postępowaniu przedłożyli oferty utylizacji szkła na kwoty od 250,00 zł do 500,00 zł za 1 tonę. (jako dowód odwołujący przedłożył ofertę nr 2).

Odwołujący wskazał na brak wykazania niezbędnych kosztów, jakie wykonawca winien ponieść przy realizacji przedmiotowego zadania, tj. brak kosztu mobilizacji i demobilizacji maszyn budowlanych. Z kosztorysu firmy Akpe wynika, iż rozbiórka realizowana będzie przy użyciu:

a)koparki wyburzeniowej gąsienicowej o masie 28 ton wraz z osprzętem roboczym,
b)spycharki gąsienicowej 55kW,
c)żurawia samochodowego do 6 ton,
d)zwyżki,
e)licznego sprzętu pomocniczego tj. spawarka, betoniarka wolnospadowa elektryczna, gazy techniczne, wyciąg jednomasztowy.

Maszyny wskazane w pkt. a, b wymagają transportu pojazdami niskopodwoziowymi. Wykonawca pominął w całości koszty transportu, które wynosić winny minimalnie:

Koparka - odległość 25 km x 2 (strony) = 50 km x 50 zł za km = 2 500,00 zł
Spycharka - odległość 25 km x 2 (strony) = 50 km x 50 zł za km = 2 500,00 zł

Razem 5 000,00 zł netto, (co wynika ze stawek rynkowych). Koszt transportu reszty sprzętu niezbędnego do realizacji zadania (choćby transportem własnym) również został przez wykonawcę pominięty.

Ponadto wskazując w kosztorysie na koparkę wyburzeniową o masie 28 ton, wykonawca przeoczył, iż obiekty przeznaczone do rozbiórki w ramach przedmiotowego zadania mają wysokość powyżej 10 m. Dla przykładu wysokość budynku łaźni to 20,50 m, dlatego dla rozbiórki tego obiektu wykonawca winien zastosować maszynę o minimalnym wysięgu roboczym ramienia 22 metry bądź więcej. Koparki wyburzeniowe o wysięgu minimum 22 metry ważą zdecydowanie więcej niż 28 ton, a co za tym idzie ich spalanie oraz transport jest znacznie droższy niż wskazana powyżej kwota 2.500,00 zł czy 133,00 zł za godzinę. Maszyny o wysięgu roboczym ramienia powyżej 11 metrów ważą minimalnie 40 ton, natomiast każdy transport powyżej 35 ton generuje dwukrotnie wyższe koszty.

Pomijając kwestię kosztów, na podkreślenie zasługuje fakt, iż nie sposób jest wyburzyć mechanicznie obiektu o wysokości 20 czy 16 metrów maszyną 28-mio tonową, co jasno wskazuje na wprowadzenie zamawiającego w błąd. Maszyny o wysięgu ramienia minimum 22 metrów, o wadze 28 ton najzwyczajniej na rynku nie istnieją, o czym wykonawca doskonale powinien wiedzieć. Dodatkowo odwołujący podniósł, iż koparki o większym wysięgu są uzbrojone jedynie w nożyce do cięcia stali i betonu a wykonawca potrzebuje dodatkowo przynajmniej jedną koparkę o mniejszym zasięgu, uzbrojoną w łyżkę, która sukcesywnie będzie porządkować teren wokół koparki o dużym zasięgu lub będzie w pogotowiu do ewentualnej pomocy np. do wyrównania terenu, na który koparka o dużym zasięgu będzie musiała wjechać. O dodatkowej koparce i jej transporcie firma Akpe również nie wspomina.

Odwołujący wskazał na brak wskazania przez Akpe kosztów organizacji zaplecza budowy, zabezpieczeń przeciwpożarowych, oznakowania i ogrodzenia terenu budowy, dojazdu pracowników. Wykonawca pominął koszt wynajęcia i transportu pomieszczenia socjalnego, sanitarnego (oraz jego serwisowania), ogrodzenia terenu budowy, koszty zakupu gaśnic, kocy przeciwpożarowych, hydronetek, tablic ostrzegawczych, tablic informacyjnych, szkoleń pracowników, dojazdu pracowników. Dla przedmiotowego zadania powinno przyjąć się około 2 miesiące realizacji.

Koszt organizacji pracy, tj. zaplecza socjalnego, zabezpieczenia bhp i ppoż., wg. odwołującego to:

Kontener socjalny 400 zł/m-c x 2 miesiące = 800,00 zł netto,
Kontener biurowy 400 zł/m-c x 2 miesiące = 800,00 zł netto,
Toaleta przenośna 300 zł/m-c x 2 miesiące = 600,00 zł netto,
Razem = 2 200,00 zł netto.

Zabezpieczenie budowy w sprzęt ppoż. - szacowana ilość w postaci 4 gaśnic, 2 koców, 2 hydronetek = koszt około 1000 zł netto.

Zabezpieczenie budowy w energię elektryczną - szacowana ilość agregat prądotwórczy wraz z paliwem + dostawa wody= koszt około 1000 zł netto.

Dojazd na teren budowy pracowników.
Samochód 1 szt. = 50 dni *50 km = 2500 km/100x81*4,5zł/l = 900,00 zł netto

Razem = 5 100,00 zł netto.

Zgodnie z zapisami s.i.w.z., pkt 5.3, ust. 1 lit a) wykonawca winien dysponować, a także uwzględnić w kosztach realizacji rozbiórki, koszt zatrudnienia kierownika budowy, co pominięto w całości. Koszty wykonawcy w związku z zatrudnieniem wymaganej osoby dozoru wynosić winny minimalnie 8.000,00 zł netto (w zależności od okresu trwania rozbiórki).

Odwołujący podniósł, wbrew twierdzeniom wykonawcy, pkt 8 pisma z dnia 06.08.2020 r., iż ceny uwzględniają wszelkie wymogi s.i.w.z., wykonawca w żadnym miejscu nie wskazał zawartych w s.i.w.z.:

a)kosztów nadzoru gestorów sieci tj. Terma Dom Sp. z o.o. (str. nr 27 s.i.w.z.)

b)kosztów wykonania projektu przebudowy instalacji wodociągowej, c.o. i sprężonego powietrza (str. 24, 27 s.i.w.z.),

c) koszt wykonania projektów branżowych przebudowy instalacji wodociągowej, ciepłowniczej, sprężonego powietrza.

Szacowany koszt opracowań - 3x3 500 zł = 10 500,00 zł netto.

Poniżej zestawienie kosztów:

Materiał zasypowy	Nie wzięto pod uwagę w ogóle	Łączny koszt jakiego brakuje: 16 792,72 zł netto
Demontaż elementów stalowych	Koszty które błędnie wzięto pod uwagę 13 612,89	Łączny koszt jakiego powinien zostać ujęty: 126 470,28 zł netto
Przebudowa sieci sprężonego	Nie wzięto pod uwagę w ogóle	Łączny koszt jakiego brakuje: 6 000,00 zł netto
Przeniesienie garażu i kontenera lub ich zabezpieczenie	Nie wzięto pod uwagę w ogóle	Łączny koszt jakiego brakuje: 2 000,00 zł netto
Koszty ochrony	Nie wzięto pod uwagę w ogóle	Łączny koszt jakiego brakuje: 17 600,00 zł netto
Zatrudnienia kierownika budowy	Nie wzięto pod uwagę w ogóle	Łączny koszt jakiego brakuje: 8 000,00 zł netto
koszt wykonania projektów branżowych przebudowy instalacji wodociągowej, ciepłowniczej, sprężonego powietrza	Nie wzięto pod uwagę w ogóle	Łączny koszt jakiego brakuje: 10 500,00 zł netto
Dojazd na teren budowy pracowników	Nie wzięto pod uwagę w ogóle	Łączny koszt jakiego brakuje: 5 000,00 zł netto
Zabezpieczenie budowy w sprzęt ppoż i energie	Nie wzięto pod uwagę w ogóle	Łączny koszt jakiego brakuje: 2 000,00 zł netto
Koszty organizacji zaplecza budowy	Nie wzięto pod uwagę w ogóle	Łączny koszt jakiego brakuje: 2 200,00 zł netto
Koszty mobilizacyjne	Nie wzięto pód uwagę w ogóle	Łączny koszt jakiego brakuje: 5 000,00 zł netto
Razem	Koszty, które błędnie wzięto pod uwagę 13 612,89	Koszty jakich brakuje w kalkulacji 201 563,00 zł

Odwołujący wskazał, iż w zestawieniu wzięte pod uwagę zostały wyłącznie koszty opisane w treści odwołania, nie wzięto natomiast pod uwagę kosztów, wobec których zachodzi: zaniżanie cen jednostkowych sprzętu, zaniżanie ilości przedmiarowych, absurdalne zaniżenie cen humusu (1,0 zł) czy płyt drogowych (10,00 zł), czy ceny utylizacji szkła (19,50 zł).

Akpe wyliczyło, iż z obu części razem uzyskają:

Koszty bezpośrednie: 251 339,41 zł netto,

Koszty pośrednie: 65 800,83 zł netto,

Zysk: 20 884,61 zł netto.

Z powyższych wyliczeń jasno wynika, iż (201 563,00 zł netto - 13 612,89 zł netto zaniżono) nie ujęto kwoty 187 950,11 zł netto, co znacząco przewyższa koszty pośrednie
i zysk Akpe, dokładnie o 101 264,67 zł netto, co jest ostatecznym dowodem, popierającym tezę odwołującego, iż cena ofertowa wykonawcy Akpe jest ceną rażąco niską.

Podsumowując, odwołujący wskazał, iż Akpe nie powołała żadnych dowodów popierających stawiane tezy. Wartości podane w wyjaśnieniach nie mają żadnego oparcia ani w dowodach, ani w wyjaśnieniach tego wykonawcy. Zawarte w piśmie z dnia 6 sierpnia 2020 r. wyliczenia są abstrakcyjne, zawierają duże braki, są niepoparte jakimikolwiek danymi, które byłyby w stanie je uwiarygodnić.

Odwołujący na posiedzeniu złożył pismo procesowe ze stanowiskiem w sprawie wraz
z dowodami, które Izba dopuściła stwierdzając, iż potwierdzają one okoliczności podnoszone w odwołaniu oraz piśmie procesowym. Dowody zostały podpisane i potwierdzone za zgodność z oryginałem.

Zamawiający złożył pisemną odpowiedź na odwołanie, w której wniósł o oddalenie odwołania. Zamawiający wskazał, iż Akpe na wezwanie złożyła wyjaśnienia, zawierające zarówno wyjaśnienia, co do oszczędności metody wykonania zamówienia, rozwiązań technicznych, kosztów pracy, przewidywanego zysku, które nie potwierdzają,
że zaproponowana cena jest ceną rażąco niską, nie pozwalającą na wygenerowanie zysku. Wykonawca Akpe oświadczył ww. dniu 6 sierpnia 2020 r., że ceny wyliczone w kosztorysie zostały scalone w pozycje dla poszczególnych rodzajów robót w ramach każdego z jego działów, opracowane zostały na podstawie zmodyfikowanych przedmiarów, ze zmienionymi podstawami wyceny pozycji przedmiarowych. W przedstawionym kosztorysie wartość robót w pozycjach

dotyczących rozbiórki elementów betonowych, żelbetowych, ceglanych
i stalowych Akpe wycenił przyjmując za podstawę wyceny kalkulacje własne, zamiast podanych w przedmiarach podstaw wyceny KNR. Ponadto Akpe przeanalizował również zgodność opisu budynków zawartych w projektach rozbiórek z przedmiarami robót i stanem stwierdzonym na wizji w terenie. Wykonawca wprowadził korekty do kalkulacji kosztorysowych, oraz oświadczył, że KNR są informacją pomocniczą dla wykonawców na zasadzie dobrowolności kosztorysu ofertowego na podstawie podstaw wyceny robót wg. rozporządzenia Ministra Infrastruktury z 18 maja 2004 r.

Zamawiający wskazał, że wartość przedmiotu zamówienia, została oszacowana na podstawie przedmiarów sporządzonych na zlecenie zamawiającego. Wartość ta została określona przez zastosowanie w przedmiarach podstaw wycen właściwych dla rozbiórek metodą ręczną, a nie mechaniczną, np. na rozbiórkę elementów żelbetowych zastosowano pozycje wg KNR 4-040305-03, wg której ceny jednostkowe robót są kilkukrotnie wyższe od cen jednostkowych właściwych dla metody mechanicznej. Zgodnie z opisem robót wg. ww. pozycji KNR: Tablica 0305 Rozebranie stropów żelbetowych, belek i podciągów oraz płyt dachowych, wyszczególnienie robót:

1. Doniesienie, zasłanie, rozebranie i odniesienie desek dla zabezpieczenia stropów niższej kondygnacji (pod rozbieranymi stropami).
2. Doniesienie, ułożenie, rozebranie i odniesienie bali na pomost roboczy na rozbieranych stropach.
3. Doniesienie, wykonanie, rozebranie i odniesienłe materiału drzewnego na podstemplowanie i pomost pod rozbierane belki i podciągi.
4. Rozebranie konstrukcji stropów żelbetowych (płyty, belki, żebra, wieńce) przy użyciu klinów i młotów.
5. Rozebranie belek i podciągów żelbetowych (jako niezależne konstrukcje) przy użyciu klinów i młotów.
6. Przecięcie ręczne zbrojenia.
7. Usunięcie gruzu i zbrojenia na zewnątrz budynku poprzez uprzednio ustawione rynny.
8. Ułożenie i posegregowanie zbrojenia.
9. Rozebranie Żelbetowych płyt dachowych przy użyciu klinów i młotów.

Zgodnie z wyjaśnieniami Akpe przeszacowanie kosztów rozbiórki obiektów jest zjawiskiem bardzo częstym wskutek stosowania niewłaściwych dla rozbiórek mechanicznych, podstaw wycen w pozycjach kosztorysu. Okoliczność ta została wskazana w wyjaśnieniach Akpe w pkt. 9 i 10 wyjaśnień.

Zdaniem zamawiającego, odwołujący bezpodstawnie neguje przedstawione w pkt. 10 wyjaśnień rażąco niskiej ceny z dnia 6 sierpnia 2020 przykłady zamówień publicznych na roboty rozbiórkowe obrazujące nagminność faktu znaczącego przeszacowywania, przez zamawiających wartości przedmiotu zamówienia. Mianowicie bez znaczenia jest fakt, że jako przykładowe realizacje przedstawione zostały dwie z Warszawy i jedną z Katowic, gdyż co zdaje się pomijać odwołujący, w Warszawie ceny usług budowlanych są znacząco wyższe niż na Śląsku, który jest centrum przemysłowym polski. Z przedstawionego porównania wynika dysproporcja pomiędzy cenami szacowanymi przez zamawiających i cenami rynkowymi uzyskanymi w wyniku postępowań.

Zamawiający wskazuje, iż w zakresie kosztów utylizacji gruzu Akpe wyjaśnił, że na własnej bazie poddaje go recyklingowi w wyniku, którego powstaje kruszywo, które jest materiałem sprzedawalnym, co nie tylko pozwala na pominięcie kosztów utylizacji gruzu, ale generuje przychody. Przekoszenie gruzu umożliwia również jego użycie do zasypu powstałych niecek po usuniętych elementach. Nie zasługuje również na uwzględnienie brak przedłożenia decyzji w zakresie przetwarzania odpadów, albowiem zamawiający nie wymagał tego na etapie składnia ofert. Mając na względzie wyjaśnienia Akpe, zamawiający uznał, iż w tym przypadku utylizacja gruzu jest zyskiem wykonawcy.

Odnosząc się do zarzutu stawki za jedną roboczogodzinę, zamawiający wskazał,
iż stawka za roboczogodzinę w wysokości 19 zł netto oraz narzuty kosztorysu
w jednoznaczny sposób przedstawiają koszty pracy przy realizacji przedmiotowego zadania. Podsumowania każdego z działów kosztorysu, jak też podsumowanie całego kosztorysu
w sposób jednoznaczny przedstawiają koszty pracy (robocizny) w cenie poszczególnych części zadania (działów kosztorysu) jak też w całym zadaniu (cenie ofertowej). W związku
z powyższym stwierdzenie odwołującego „o braku przełożenia na możliwość analizy kosztów założonych przez AKPE" jest bezpodstawne. Jedynym „elementem kalkulacyjnym" właściwym dla wyceny robót budowlanych jest kosztorys. W kosztorysie zawarte są również wysokości kosztów realizacji poszczególnych elementów (R, M, S). Ponadto podawanie kosztów pracy jednej osoby w skali miesięcznej jest bezcelowe, gdyż równe jest ono iloczynowi stawki za roboczogodzinę i ilości roboczogodzin miesiącu, a ilość roboczogodzin jest inna w każdym z miesięcy. W wyjaśnieniach rażąco niskiej ceny Akpe nadmienił, iż jest podmiotem samowystarczalnym, tzn. posiada własnych pracowników i zaplecze sprzętowe. Oczywistym jest, iż ponosi koszty stałe z tym związane, jednak jako podmiot specjalizujący się w rozbiórkach i wyburzeniach, sprzęt i ludzie mają stałe zatrudnienie. Niepodważalnym jest, że w takim przypadku koszty pracy sprzętu są niższe niż w przypadku takiej firmy jak ARGO, która nie posiada własnego zaplecza sprzętowego i ludzkiego i wynajmuje sprzęt, którego właściciel ponosząc koszty stałe związane z posiadaniem sprzętu dolicza je do cen najmu oprócz własnej marzy (zysku). Okolicznością wpływająca na obniżenie kosztów ponoszonych przez Akpe jest zatrudnianie pracowników posiadających uprawnienia do obsługi zwyżki. Odnosząc się do kwestii braku zatrudnienia własnego geodety czy instalatorów uprawnionych do wykonania projektu przebudowy instalacji sprężonego powietrza, wskazać należy, iż żadna z firm rozbiórkowych startujących w przetargach ogłaszanych przez SRK S.A. nie posiada na etacie geodety i projektanta Instalatora, gdyż ich zakres prac w całości zadania jest znikomy. Wykonawca oświadczył że posiada wykwalifikowanych pracowników i są samowystarczalni i posiada sprzęt typu koparki, ładowarki, samochody ciężarowe, pracowników. Co do kosztów geodety przyjęta jest pozycja nr 19 d.1. i 35 d.2. w części I oraz pozycja kalkulacji 14 d.1. dla części II. Koszty robocizny związane z robotami instalacyjnymi przyjęte zostały w pozycji kalkulacji pozycja nr 17 d.1. i 18 d.1. w części I.

W kwestii przyjętej przez Akpe ceny płyt drogowych wskazania wymaga, iż zamawiający nie wymagał, aby materiał do zabezpieczenia fundamentów był nowy. Zamawiający nie określił sposobu zabezpieczenia fundamentu i dopiero na etapie opracowania technologii wykonawca zobowiązany jest przedstawić konkretny sposób zabezpieczenia fundamentu. Kluczowym dla zamawiającego jest efekt w postaci zabezpieczenia płyt fundamentowych.
W związku z powyższym Akpe uprawnione było do przyjęcia w swojej kalkulacji cen płyt drogowych z demontażu oraz już kilkukrotnie użytych, których koszty są znacznie niższe.

Odnosząc się do zarzutu dotyczącego ceny humusu, wskazania wymaga, iż Akpe uprawnione było do przyjęcia w kalkulacji niskiej ceny humusy jeżeli taki jest w jej dyspozycji. Nie sposób wykluczyć, iż Akpe posiada na bazie zmagazynowany humus, pochodzący
z prowadzonych przez nich uprzednio robót, który nie jest zagospodarowany na inny cel
i może zostać wykorzystany w toku przedmiotowego postępowania.

Zamawiający podniósł, iż odwołujący zarzuca, że Akpe w swoich kalkulacjach do wywozu przewidział jedynie 93,8 ton złomu. Nie jest to zgodne z załączonymi wyjaśnieniami. Akpe przyjął 123 tony + 92 tony (poz. 10 + poz. 30 kosztorysu I części zadania) oraz 1,8 tony (poz. 10 kosztorysu II części zadania), co daje łącznie 216,8 ton złomu. Wynika z tego, że odwołujący nie przeanalizował kosztorysów i wysuwa bezpodstawne zarzuty. Zarzut nie oparcia swej wyceny ściśle na przedmiarze jest bezzasadny z tego powodu, iż przedmiar stanowi jedynie element pomocniczy dla wykonawcy ułatwiający mu dokonanie wyceny lecz nie jest obligatoryjny. Poza tym zgodnie z wyjaśnieniami, Akpe w kosztorysie uwzględnił, zgodnie z przedmiarem, transport na odległość 5 km. Natomiast w warunkach rzeczywistych, zgodnie z s.i.w.z., wykonawca ma złożyć złom na tej samej działce zakładu w odległości 200 m od miejsca wykonywanej rozbiórki, czyli pozycje przedmiarowe zawyżają nakłady związane z przewozem złomu w związku z czym wykonawca uzyska w tym zakresie oszczędności.

Koszt zwyżki przyjęty został o wartości 20 złotych netto za motogodzinę. Cena wynajmu dobowego zwyżki wynoszą 200-250,00 zł na dobę bez operatora. Wykonawca wskazał, iż jest samowystarczalny w zakresie pracowników w swoich zasobach posiada także operatorów takich maszyn.

Odnoście zarzutu dotyczącego nie uwzględnienia kosztów wykonania przebudowy przyłącza wodociągowego, wskazania wymaga, iż koszty te zostały skalkulowane w pozycji 18 d.1. i wynoszą dla przebudowy - robocizna 360 roboczogodzin, czas pracy zwyżki oraz żurawia 6 t - 5 m-g.

W zakresie kosztów utylizacji szkła, zamawiający wskazał, iż odpad szklany tak jak i gruz może być towarem przekazywanym podmiotom specjalizującym się w recyklingu i w takim przypadku koszt odbioru i transportu szkła wkalkulowane są w ceny kontraktowe stron, zgodnie z wyjaśnieniami dla Akpe jest to cena 19 zł netto.

Zamawiający wskazał, iż w przedmiarze robót nie było takiej pozycji jak mobilizacja sprzętu. W związku z tym Akpe uprawniony był do wkalkulowania ceny mobilizacji sprzętu
w cenach jednostkowych poszczególnych pozycji. Po za tym przyjęcie kosztów transportu sprzętu w obie strony jest nieuzasadnione, albowiem wykonawcy przewożą sprzęt z budowy na budowę i właściwym jest policzenie kosztów transportu w jedna stronę. Ponadto ceny jednostkowe transportu (50 zł/ km) są również znacząco zawyżone. Brak ujęcia kosztów organizacji zaplecza budowy, zabezpieczeń ppoż. itd. wg pkt. 2.2 odwołania może wynikać także z faktu, iż wykonawca uprawniony jest do wkalkulowania tych kosztów w ramach kosztów pośrednich.

Zarzut dotyczący przeoczenia przez Akpe wysokości obiektów powyżej 10 m. Zamawiający podniósł, iż Akpe może posiadać i zastosować do realizacji przedmiotowego zadania koparkę mająca wymienne ramię, więc może pracować zarówno z krótkim jak
i długim ramieniem. Wykonawca nie musi wskazywać wszystkich funkcjonalności własnego sprzętu. Kosztorys sporządzany jest w celu określenia cen jednostkowych na rozbiórkę poszczególnych rodzajów konstrukcji (żelbetowych, betonowych, ceglanych i stalowych).

Odnosząc się do zarzutu kosztów nadzoru gestorów sieci Terma Dom, zamawiający wskazał, iż nie trzeba ich ponosić oraz wkalkulowywać, gdyż w trakcie postępowania
o udzielenie zamówienia firma TERMA DOM Sp z o.o. dokonała likwidacji węzła i urządzeń ciepłowniczych.

Koszty wykonania projektów branżowych przebudowy instalacji wodociągowej, c.o.
i sprężonego powietrza. Wg. Prawa Budowlanego zabezpieczenie i przebudowę przyłącza wodociągowego wewnątrz zakładowego, oraz przebudowę zabezpieczenia przyłącza ciepłowniczego i instalacji sprężonego powietrza nie wymagają żadnych procedur prawnych procesu budowlanego. Należy tylko przedłożyć do uzgodnienia zamawiającemu, na etapie zatwierdzania technologii wykonania robót projektów technicznych, przedstawiających, w jaki sposób wykonawca zamierza te instalacje zabezpieczyć bądź przebudować. Koszt przebudowy instalacji sprężonego powietrza jest częścią przełożenia estakady ciepłowniczej i znajduje się w pozycji nr 17 kosztorysu na I część zadania, w której wyspecyfikowany jest materiał na wykonanie rurociągu i pozostałe nakłady.

Zasyp niecek może zostać wykonany kruszonym gruzem o frakcji do 63 mm, zgodnie
z wymogami s.i.w.z. Akpe uprawniony jest do wykorzystania gruz pochodzącego
z przedmiotowych obiektów, po jego uprzednio wywiezieniu na swoją bazę i tam przekruszeniu. Transport powrotny przekruszonego gruzu zawarty jest w naliczonej cenie wywozu i utylizacji całości gruzu i przychodów ze sprzedaży nadmiaru przekruszonego gruzu.

Nie uwzględnienie kosztów kierownika budowy może być wynikiem faktu, iż Akpe ma zatrudnioną na stałe w ramach umowy o pracę osobę z uprawnieniami budowalnymi,
a zatem w ramach przedmiotowego zadania nie ma konieczności zatrudniania dodatkowej osoby, a co za tym idzie nie pociąga to za sobą dodatkowych kosztów, poza kosztami nadzoru, które zawarte są w kosztach pośrednich.

Zamawiający wskazał, odnośnie zarzutu zaniżania pozycji kosztorysowych przy użyciu współczynników korygujących, iż odwołujący pisze o rzekomo „przywołanej" przez AKPE pozycji KNR 4-06 0118-01. Zdaniem zamawiającego, wykonawca tej pozycji nie przywołał, lecz była ona podana jako podstawa wyceny w przedmiarze robót (z dopiskiem analogia)
w pozycjach dotyczących rozbiórki elementów stalowych. W opisie pozycji w przedmiarze napisane było „Cięcie lekkich konstrukcji stalowych, profili walcowanych, blach grubości do 10 mm i elementów maszyn o gr. do 10 mm. Podstawa wyceny w przedmiarze przyjęta została niewłaściwie, gdyż opis pozycji wg katalogu jest następujący „cięcie konstrukcji i urządzeń na złom wsadowy". Ponadto katalog KNR 4-06 dotyczący „robót remontowo-modernizacyjnych konstrukcji stalowych i urządzeń przemysłowych" nie powinien być stosowany przy robotach rozbiórkowych i wyburzeniowych, dla których właściwym jest katalog KNR 4-04. Po pierwsze, elementy stalowe nie są cięte na złom wsadowy lecz na gabaryty transportowe, czyli nakłady wg. przywołanej przez przedmiar pozycji są kilkukrotnie zawyżone. Po drugie, w pozycji tej uwzględnione jest tylko ciecie ręczne elementów stalowych palnikami gazowymi. W związku z powyższym Akpe uprawniony był do zmodyfikowania nakładów katalogowych do nakładów rzeczywistych właściwych dla rozbiórki elementów stalowych i pocięcia ich na elementy transportowe. Pomniejszenie nakładów nastąpiło przez wstawienie do robocizny i materiałów mnożnika równego 0,1, gdyż ok. 10% elementów wymaga rozbierana i cięcia na elementy transportowe metodą ręczną przy pomocy palników gazowych przy jednoczesnym użyciu sprzętu - koparki z osprzętem wyburzeniowym (nożycami do ciecia stali), która wykona pozostałe 90% zadania. Uzyskana w ten sposób cena jednostkowa 62,97 zł/t netto jest ceną pozwalającą wykonać rozbiórkę
i cięcie na gabaryty transportowe, elementów stalowych przedmiotowych obiektów.

Zamawiający wskazał, iż odwołujący w zestawieniu wyliczył nieujęte przez Akpe koszty w wysokości 187 950,11 zł. Z zestawienia tego, biorąc pod uwagę powyżej wymienione uwagi należy usunąć koszty:

- materiału zasypowego 16 792,72 zł,
- demontażu elementów stalowych 126 470,28 - 13 612,89 = 112 857,39 zł,

- przebudowy sieci sprężonego powietrza 6 000 zł.

Po usunięciu tylko trzech ww. kosztów pozostaje kwota na wykonanie prac niewyspecyfikowanych w kosztorysie równa 187 950,11 - 16 792,72 - 112 857,39 - 6 000 = 52 300 zł, czyli kwota mniejsza niż koszty pośrednie w kosztorysie (65 339,41 zł).

Pozycja kosztorysowa nr 1d.1 i dotycząca rozebrania pokrycia dachowego z papy.
W kosztorysie przyjęto nakłady robociznę - pracę pracowników oraz koparkę gąsienicową
z osprzętem wyburzeniowym. Zamawiający podniósł, że dopiero przed przystąpieniem do robót na podstawie zatwierdzonej technologii wykonywania robót wykonawca zobowiązany jest przedstawić zamawiającemu jakim sposobem będzie dokonywał rozebranie pokrycia dachowego, w s.i.w.z. 7.2. Zakres obejmuje opracowanie szczegółowej Technologii wykonania prac wraz z jej zatwierdzeniem przez Kierownika Ruchu Zakładu Oddziału CZOK. Nie sposób zatem wykluczyć, iż Akpe dysponuje w tym zakresie własną technologią umożliwiając szybsze wykonanie określonych prac niż wynika to z KNR.

Brak kosztów zaplecza budowy, zabezpieczeń p- poż., brak pozycji przedmiarowych opisujący organizację zaplecza budowy, zdaniem zamawiającego, wykonawca uprawniony był do ujęcia tych kosztów w kosztach pośrednich wynoszących 46% od kosztów wyliczonych z nakładów Robocizny i Sprzętu skalkulowanych w ofercie.

Zdaniem zamawiającego, w świetle wyżej przedstawionych okoliczności, zamawiający nie miał podstaw do odrzucenia oferty Akpe, jako zawierającej rażąco niską cenę.

Do postępowania odwoławczego – po stronie odwołującego skuteczne przystąpienie zgłosili wykonawcy: 1) ENERGOKON-PLUS Sp. z o.o. oraz 2) D. M. prowadzący działalność gospodarczą pod firmą ULMAN D. M. – oraz po stronie zamawiającego: AKPE GROUP Sp. z o.o.

KIO 2324/20

Dnia 15 września 2020 roku, wykonawca D. M. prowadzący działalność gospodarczą pod firmą ULMAN D. M. (dalej „*Odwołujący*") wniósł odwołanie do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej, od czynności zamawiającego polegających na wyborze w części I jako najkorzystniejszej oferty wykonawcy Akpe Group sp. z o.o. z siedzibą w Katowicach (dalej: AKPE), przy wcześniejszym zaniechaniu odrzucenia oferty AKPE z uwagi na niezłożenie prawidłowych wyjaśnień rażąco niskiej ceny, albowiem zaoferowana przez wykonawcę AKPE cena była rażąco niska, a w złożonych wyjaśnieniach wykonawca nie wykazał, że oferowana cena zapewnia prawidłowe wykonania przedmiotu zamówienia, zgodnie z wymaganiami określonymi przez zamawiającego oraz wynikającymi z odrębnych przepisów, oraz nie złożył odpowiednich dowodów, dotyczących wyliczenia ceny, co powinno skutkować odrzuceniem oferty AKPE na podstawie art. 90 ust 3 ustawy Pzp, którego to odrzucenia oferty zamawiający zaniechał, tak jak i zaniechał czynności wszechstronnej
i starannej weryfikacji wyjaśnień AKPE zawartych w piśmie z dnia 6 sierpnia 2020 r., przez co ocenę wyjaśnień AKPE należy uznać za wadliwą.

Odwołujący zarzucił zamawiającemu naruszenie art. 90 ust. 1 w zw. z art. 89 ust. 1 pkt 4 oraz 90 ust. 2 i 3 ustawy Pzp, poprzez wybór w części I zamówienia oferty AKPE, która nie powinna być wybrana jako oferta najkorzystniejsza, oraz poprzez zaniechanie prawidłowej oceny wyjaśnień dotyczących zaoferowanej przez wykonawcę ceny oraz zaniechanie odrzucenia oferty AKPE z uwagi na niezłożenie wyjaśnień dotyczących oferowanej ceny lub jako oferty zawierającej rażąco niską cenę z powodu przyczyn wskazanych w uzasadnieniu niniejszego odwołania.

W związku z powyższym odwołujący wniósł o uwzględnienie odwołania w całości
i nakazanie zamawiającemu dokonania następujących czynności w postępowaniu:

1)unieważnienia czynności polegającej na wyborze oferty najkorzystniejszej,

2)powtórzenia czynności badania i oceny ofert,

3)odrzucenia oferty złożonej przez AKPE,

4)wyboru oferty odwołującego jako najkorzystniejszej.

Odwołujący wniósł również o zasądzenie od zamawiającego na rzecz odwołującego kosztów postępowania odwoławczego według norm przepisanych, w tym kosztów reprezentacji odwołującego przez profesjonalnego pełnomocnika na rozprawie przed KIO, zgodnie z fakturą przedstawioną przez odwołującego na rozprawie.

Interes odwołującego. Odwołujący wskazał, że jest uprawniony do wniesienia odwołania zgodnie z art. 179 ust. 1 ustawy Pzp, bowiem ma interes w uzyskaniu zamówienia oraz może ponieść szkodę w wyniku naruszenia przez zamawiającego przepisów ustawy. Odwołujący legitymuje się interesem w uzyskaniu zamówienia, bowiem złożył ofertę w postępowaniu, nadto oferta odwołującego powinna być wybrana w części I zamówienia, jako oferta najkorzystniejsza.

Odwołujący wskazał, iż w ocenie odwołującego wyjaśnienia rażąco niskiej ceny zawierają szereg braków i niespójności. W pozycji nr 1 kosztorysu szczegółowego dotyczącego rozbiórki pokrycia dachowego z papy, wykonawca przywołuje KNR 404 0509 03. Zgodnie
z normą nakładu czasu pracy wynikającą z tego katalogu, do wykonania rozbiórki pokrycia
o powierzchni jednego metra niezbędny jest nakład pracy wynoszący 0,41 roboczo-godziny. Wykonawca na niewyjaśnionych zasadach wprowadza do kalkulacji współczynnik redukcji czasu pracy, który zmniejsza czas pracy aż czterokrotnie. Wykonawca w części pisemnej złożonych wyjaśnień deklaruje jedynie optymalizację czasu pracy w zakresie rozbiórek części żelbetowych i ceglanych, brak jest wyjaśnień dotyczących zastosowania innej metody rozbiórki w zakresie demontażu pokrycia dachu. Ponadto powołując się na konkretny KNR stanowiący normę, wykonawca nie może samodzielnie zmieniać współczynników pracochłonności i w dalszym ciągu twierdzić, że kalkulacja opiera się na przywołanym KNR. Zmiana współczynników pracochłonności sprawia, że podstawą do wyceny staje się „kalkulacja własna", a nie przedmiotowa norma. W przypadku oparcia się o własne kalkulacje koszt wykonania zadania staje się niższy niż koszt wnikający z KNR, zatem wykonawca winien szczegółowo wyjaśnić przyjęty sposób i technologię prowadzenia prac, które uzasadniają przyjęcie niższej ceny. Widać zatem wyraźnie, że wykonawca zaniżył koszt wykonania tego zakresu z 15 137,10 zł, który wynika bezpośrednio z przywołanej przez niego podstawy KNR, na 11 538,11 zł, bez przedstawienia jakichkolwiek wyjaśnień w tym zakresie.

Odwołujący wskazał, iż wykonawca do swojej kalkulacji przyjął wykorzystanie 28-tonowej koparki na gąsienicach, oraz że zastosowanie takiego sprzętu ma skrócić aż czterokrotnie odrywanie papy ze stropodachu o powierzchni 1210 metrów kwadratowych, co jest o tyle niemożliwe że tak duży sprzęt nie ma możliwości wjazdu na strop, a wyburzanie stropu pokrytego papą jest niezgodne z wymogiem bezwzględnej segregacji tych odpadów.

Kolejnym uchybieniem jest pozycja nr 20 w kosztorysie wykonawcy dotyczącą tego samego zakresu robót, lecz na drugim obiekcie. Tutaj wykonawca również wprowadza swój własny współczynnik redukujący czas pracy aż czterokrotnie, ale w tym przypadku brak jest zastosowania jakiegokolwiek sprzętu pomocniczego. Mamy więc do czynienia z dwoma identycznymi zakresami robót, jednak w jednym z nich wykonawca przyjmuje cenę jednostkowa

wynoszącą 8,53 zł w drugiej pozycji cenę 3,12 zł. Oczywiste jest zatem, że do wykonania takiego zakresu niezbędnych jest 193,93 godzin, które przemnożone przez deklarowaną przez wykonawcę stawkę godzinową 19,00 zł generują końcową cenę jednostkową wynoszącą 12,51 zł za demontaż jednego metra pokrycia dachu - w żadnym przypadku nie jest to zatem deklarowana przez AKPE cena 3,12 zł.

Powyższy dowód w matematyczny i jednoznaczny sposób obrazuje, że w tym przypadku kosztorys AKPE zawiera błędy i nieścisłości. Wykonawca nie wyjaśnił w żaden sposób jak zamierza aż czterokrotnie zoptymalizować czas pracy, a przyjęcie ceny za wykonanie tego zadania w kwocie 1 479,40 zł jest niezgodne z deklarowaną przez niego stawką godzinową, oraz co więcej jest niezgodne z minimalną stawką za pracę wynoszącą w bieżącym roku 17,00 zł, ponieważ aby spełnić przyjętą przez wykonawcę cenę 1 479,40 zł należałoby przyjąć cenę roboczogodziny na poziomie 4,75 zł zgodnie z poniższą kalkulacją.

Wykonawca powołując się na Katalog KNR 401 1111 02 dotyczący rozszklenia otworów okiennych, samodzielnie i niezgodnie z tym katalogiem wprowadza współczynnik redukujący czas pracy aż siedmiokrotnie, natomiast nie wykazuje żadnych okoliczności mających wpływ na optymalizację tego zakresu. Wykonawca nie wykazał w tej pozycji żadnych dodatkowych kosztów pracy maszyn lub urządzeń, które mogłyby wpłynąć na tak znaczące przyspieszenie robót i skalkulował jedynie pracę fizyczną. Tutaj również w sposób matematyczny udowodnione jest, że zaoferowana przez wykonawcę kwota nie spełnia deklarowanej przez niego ceny minimalnej za pracę. Do wykonania takiego zakresu pracy w sposób ręczny, za kwotę przyjętą przez wykonawcę, wynoszącą razem z narzutami 2 687,18 zł i tym samym przy cenie jednostkowej wynoszącej 3,20 zł, niezbędne jest przyjęcie kosztów pracy na poziomie około 2,85 zł zgodnie z poniższym przykładem. Widać więc jednoznacznie,
że proceder wprowadzania przez wykonawcę współczynników redukcji czasu pracy stwarza jedynie pozory przyjęcia stawki za pracę w wysokości 19,00 zł za godzinę,
a w rzeczywistości realne stawki są wielokrotnie niższe i są niezgodne z minimalnym wynagrodzeniem za pracę. Jako że wykonawca przedstawia swój kosztorys w sposób szczegółowy, widzimy, że nie uwzględnił on w tym zakresie żadnych innych elementów, technologii, maszyn czy urządzeń które mogłyby tłumaczyć tak drastyczne przyspieszenie tempa prac. W związku z powyższym nie wyjaśnił w sposób wiarygodny oferowanej przez siebie rażąco niskiej ceny.

Kolejna nieścisłość w pozycji nr 4 dotyczącej transportu i utylizacji szkła. Wykonawca tym razem powołał się na kalkulację własną, nie można mu zarzucić błędnie przyjętego czasu pracy. Należy jednak zwrócić uwagę, że przedmiar zamawiającego wyraźnie dotyczy transportu i utylizacji - a w tym przypadku brak jest kosztów transportu. Wykonawca zawarł
w swojej kalkulacji jedynie koszt samej utylizacji, bez skalkulowania czasu pracy samochodu niezbędnego do transportu odpadu w miejsce składowania oraz brak jest kosztu załadunku.

Zamawiający wyraźnie wskazał, w jaki sposób należy sporządzić wyjaśnienia, wskazując na konieczność podania szczegółowej kalkulacji, a także udowodnienia że przyjęta do ustalenia ceny oferty wartość kosztów pracy nie jest niższa od minimalnego wynagrodzenia za pracę albo minimalnej stawki godzinowej.

Zamawiający złożył pisemną odpowiedź na odwołanie, w której wniósł o oddalenie odwołania. Zamawiający wskazał, iż Katalogi Nakładów Rzeczowych nie mają statusu przepisów bezwzględnie obowiązujących. W chwili obecnej problematyka metod i podstaw kosztorysowania robót budowlanych nie są objęte żadnymi aktami prawnymi. Dostępne na rynku Katalogi Nakładów Rzeczowych - KNR, Katalogi Scalonych Nakładów Rzeczowych - KSNR, Kosztorysow Normy Nakładów Rzeczowych – KNNR, czy wreszcie indywidualnie opracowywane normatywy i analizy wykorzystania stosownych czynników produkcji tworzące jedyną dostępną obecnie i z tego też względu powszechnie stosowaną bazę, nie posiadają jednak żadnej mocy prawnej i mają wyłącznie charakter fakultatywny. Istniejący wcześniej obowiązek korzystania z normatywów wspomnianej bazy, został zniesiony poprzez ustawę
o cenach z dnia 5 lipca 2001 r., która liberalizując przepisy w sprawach kalkulacji cen umownych, zdezaktualizowała rozporządzenie z dnia 13 lipca 2001 r., w sprawie metod kosztorysowania obiektów i robót budowlanych. W powołanej ustawie zabrakło delegacji do wydania kolejnych rozporządzeń w sprawie metod kosztorysowana oraz określania zasad opracowywania kosztorysowych norm nakładów rzeczowych. Miało to ścisły związek z art. 2 ust. 1 tejże ustawy, stanowiącym że „ceny towarów i usług uzgadniają strony zawierające umowę" i ostatecznie przesądziło o swobodzie w doborze metod i podstaw kalkulacji kosztorysowej na użytek rozliczeń między stronami umów budowlanych.

Zamawiający podkreślił, iż w/w wymienione Katalogi opracowane w większości w latach osiemdziesiątych XX wieku nie obejmują nowych materiałów budowlanych, nowoczesnych technologii i metod organizacyjnych, które dynamicznie zaczęły się rozwijać w Polsce pod koniec lat 90-tych. Z powyższych względów wprowadzanie współczynników redukcyjnych jest uzasadnione w szczególności w przypadku, gdy dane roboty wykonywane są z udziałem specjalistycznych maszyn i urządzeń, których aktualna wydajności jest wielokrotnie wyższa niż w przypadku urządzeń dostępnych w czasie tworzenia przedmiotowych Katalogów Nakładów Rzeczowych.

Wartość przedmiotu zamówienia, została oszacowana przez zamawiającego na podstawie przedmiarów sporządzonych na zlecenie zamawiającego. Wartość ta została określona przez zastosowanie w przedmiarach podstaw wycen właściwych dla rozbiórek metodą ręczną, a nie mechaniczną, np. na rozbiórkę elementów żelbetowych zastosowano pozycje wg KNR 4-040305-03, wg której ceny jednostkowe robót są kilkukrotnie wyższe od cen jednostkowych właściwych dla metody mechanicznej.

Zgodnie z wyjaśnieniami AKPE, przeszacowanie kosztów rozbiórki obiektów jest zjawiskiem bardzo częstym wskutek stosowania niewłaściwych dla rozbiórek mechanicznych, podstaw wycen w pozycjach kosztorysu. Okoliczność ta została wskazana w wyjaśnieniach AKPE w pkt. 9 i 10 wyjaśnień.

Odnosząc się do zarzutu użycia przez AKPE, w celu rozebrania pokrycia dachowego
z papy na betonie, zamawiający wskazał, że nie jest uprawniony do oceny technologii robót przyjętej przez wykonawcę. Nie sposób wykluczyć, iż rozebranie pokrycia dachowego przy użyciu koparki będzie jedynie etapem przejściowym umożliwiającym następnie dokonanie wymaganej przez zamawiającego segregacji odpadów w szczególności odseparowania papy od gruzu.

Odnosząc się do kwestii stawki godzinowej, AKPE w swoich wyjaśnieniach wprost wskazał, iż przyjął stawkę za roboczogodzinę w wysokości 19,00 zł, tj. stawkę dopuszczoną przez prawo. Także w każdej pozycji kosztorysu, podstawą kalkulacji jest w/w stawka
w związku z powyższym nie sposób w tym zakresie zgodzić się z stanowiskiem odwołującego jakoby koszty pracy przedstawione przez AKPE były niezgodne z prawem. Stawka za roboczogodzinę w wysokości 19 zł netto oraz narzuty kosztorysu w jednoznaczny sposób przedstawiają koszty pracy przy realizacji przedmiotowego zadania. Podsumowania każdego z działów kosztorysu jak też podsumowanie całego kosztorysu w sposób jednoznaczny przedstawiają koszty pracy (robocizny) w cenie poszczególnych części zadania (działów kosztorysu), jak też w całym zadaniu (cenie

ofertowej). W związku
z powyższym stwierdzenie odwołującego o braku przełożenia na możliwość analizy kosztów założonych przez AKPE jest bezpodstawne. Jedynym „elementem kalkulacyjnym" właściwym dla wyceny robót budowlanych jest kosztorys. W kosztorysie zawarte są również wysokości kosztów realizacji poszczególnych elementów (R, M, S). Ponadto podawanie kosztów pracy jednej osoby w skali miesięcznej jest bezcelowe, gdyż równe jest ono iloczynowi stawki za roboczogodzinę i ilości roboczogodzin w miesiącu, a ilość roboczogodzin jest inna w każdym z miesięcy.

Kolejny zarzut odnosi się do pozycji nr 3.d.1 dotyczącej wyceny rozszklenia otworów okiennych i przyjęcia współczynnika korygującego na poziomie 0,15. Według stanu wiedzy zamawiającego pracownik wyposażony w sprzęt ochrony indywidualnej tj. ubranie robocze, rękawice ochronne oraz okulary ochronne lub przyłbicę ochronną głowy oraz narzędzia ręczne typu młoty, łom, przecinak jest wystarczającymi narzędziami do rozszklenia otworów okiennych w trakcie prac rozbiórkowych. Możliwość wprowadzenia przez wykonawcę współczynników redukcyjnych mogła wynikać z dostosowania nakłady do rzeczywiście ponoszonych, wstawiając przy podstawie wyceny dopisek „analogia". Ponadto jest to pozycja z katalogu KNR 4-01 i nie powinna być stosowana przy robotach rozbiórkowych. Nakłady, wg tej pozycji obejmują inny znacznie większy i zarazem bardziej pracochłonny zakres prac. Mianowicie opis prac wg katalogu jest następujący. Wyszczególnienie robót:

1. Ostrożne wyjęcie szyb niezależnie od rodzajów i grubości szkła z oczyszczeniem wrębów i posegregowaniem szkła.

Pozycja ta jest adekwatna dla robót remontowych, podczas których ostrożnie demontuje się szyby okienne w celu ich ponownego wykorzystania. Ponadto ostrożność jest niezbędna w celu nie uszkodzenia ram okiennych, których wręby czyści się w celu osadzenia w nich nowego oszklenia. Natomiast w przypadku robót rozbiórkowych nie występuje konieczność niezniszczenia oszklenia jak też ram okiennych i nakłady robocizny są znacząco niższe, wskutek czego uzasadnione było wprowadzenie współczynnika redukcyjnego 0,15.

Dalszy zarzut odnosi się do transportu i utylizacji szkła w pozycji nr 4d.1 (Kalkulacja Własna). Wykonawca przyjął cenę 19,50 zł netto za utylizację stłuczki szklanej dla 8,38 ton. AKPE przyjął za podstawę wyceny kalkulacje własne, zamiast podanych w przedmiarach podstaw wyceny KNR. Zamawiający nie żądał wniesienia oferty na utylizację stłuczki szklanej, a na tym etapie postępowania nie sposób wykluczyć, iż wykonawca współpracuje
z podmiotem, który utylizuje szkło za taką cenę.

Zamawiający wskazał, że AKPE oświadczył że nie istnieją podstawy do stwierdzenia,
że zaproponowana cena jest rażąco niska w stosunku do przedmiotu zamówienia ponieważ minimalizują koszty na przykład utylizacji gruzu który na własnej bazie podają recyklingowi
w wyniku którego powstaje kruszywo do celów budowlanych które jest materiałem sprzedawalnym, co pozwala na pominiecie kosztów utylizacji gruzu oraz generuje w firmie przychody.

Zdaniem zamawiającego, w świetle wyżej przedstawionych okoliczności, należał uznać,
iż zamawiający nie miał podstaw do odrzucenia oferty Akpe jako zawierającej rażąco niską cenę.

Do postępowania odwoławczego – po stronie zamawiającego skuteczne przystąpienie zgłosił wykonawca AKPE GROUP sp. z o.o.

Izba ustaliła i zważyła, co następuje (KIO 2307/20, KIO 2324/20).

Izba stwierdziła, że nie zachodzą przesłanki do odrzucenia odwołań, o których stanowi przepis art. 189 ust. 2 ustawy - Prawo zamówień publicznych.

Zamawiający prowadzi postępowanie o udzielenie zamówienia publicznego
z zastosowaniem przepisów ustawy Prawo zamówień publicznych wymaganych przy procedurze, której wartość szacunkowa zamówienia nie przekracza kwot określonych
w przepisach wydanych na podstawie art. 11 ust. 8 ustawy Prawo zamówień publicznych.

Krajowa Izba Odwoławcza stwierdziła, że odwołujący posiadają interes w uzyskaniu przedmiotowego zamówienia, kwalifikowanego możliwością poniesienia szkody w wyniku naruszenia przez zamawiającego przepisów ustawy, o których mowa w art. 179 ust. 1 ustawy - Prawo zamówień publicznych, 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 uczestników postępowania odwoławczego, złożone w pismach procesowych, jak też podczas rozprawy Izba stwierdziła, iż odwołania zasługują na uwzględnienie.

Zamawiający w dniu 28 lipca 2020 roku, przeprowadził aukcję elektroniczną, a następnie pismem z dnia 3 sierpnia 2020 roku, wezwał przystępującego AKPE do wyjaśnienia elementów oferty mających wpływ na wysokość ceny, w tym złożenia dowodów, dotyczących elementów oferty mających wpływ na wysokość ceny. Zamawiający wskazał, że wyjaśnienia i dowody powinny dotyczyć w szczególności takich elementów jak:

-oszczędność metody wykonania zamówienia,

-wybranych rozwiązań technicznych,

-wyjątkowo sprzyjające warunki wykonania zamówienia dostępnych Wykonawcy,

-koszty pracy, z zastrzeżeniem, iż ich wartość przyjęta do ustalenia ceny nie może być niższa od minimalnego wynagrodzenia za pracę albo minimalnej stawki godzinowej, ustalonych na podstawie art. 2 ust. 5 ustawy z dnia 10 października 2002 r. o minimalnym wynagrodzeniu za pracę,

-pomoc publiczna udzielona na podstawie odrębnych przepisów,

-wynikających z przepisów prawa pracy i przepisów o zabezpieczeniu społecznym, obowiązującym w miejscu, w którym realizowane jest zamówienie,

-wynikających z przepisów prawa ochrony środowiska,

-powierzenia wykonania części zamówienia podwykonawcy.

Ponadto zamawiający wskazał, że w wyjaśnieniach należy podać wszelkie obiektywne czynniki odnoszące się do elementów oferty i mające znaczenie dla należytej realizacji zamówienia oraz podać elementy oferty mające wpływ na wysokość ceny oraz rodzaje
i wysokość kosztów realizacji poszczególnych elementów.

Zamawiający podkreślił, że wyjaśnienia mają zawierać element kalkulacyjny; ponadto wymagał, aby wykonawca podał koszty pracy, jakie zostały przyjęte w cenie ofertowej, w tym miesięcznie na jedną osobę zatrudnioną przy wykonywaniu zamówienia, a także uzasadnienie dlaczego skalkulowano je w takim wymiarze. Odnośnie kosztów pracy zamawiający wymagał, aby wykonawca wykazał i udowodnił, że przyjęta do ustalenia ceny oferty wartość kosztów pracy (bez względu na formę zatrudnienia - umowa o pracę lub umowa cywilnoprawna) nie jest niższa od minimalnego wynagrodzenia za pracę albo minimalnej stawki godzinowej, ustalonych na podstawie przepisów ustawy z dnia 10 października 2002 roku,

o minimalnym wynagrodzeniu za pracę.

W odpowiedzi na wezwanie zamawiającego, przystępujący AKPE w dniu 6 sierpnia 2020 roku, złożył zamawiającemu wyjaśnienia dotyczące elementów oferty mających wpływ na wysokość ceny.

Izba wskazuje, iż norma z art. 90 ust. 2 ustawy Pzp, na wzywanego wykonawcę nakłada obowiązek wykazania, iż zaoferowana cena nie nosi cech rażąco niskiej. Obowiązkiem wykonawcy, wezwanego do złożenia wyjaśnień jest przedstawienie przekonywujących wyjaśnień i dowodów na potwierdzenie tego, że cena oferty została skalkulowana w sposób rzetelny i gwarantuje realizację całego zakresu objętego zamówieniem. Wyjaśnienia elementów mających wpływ na wysokość ceny muszą być konkretne, wyczerpujące i nie mogą pozostawiać jakichkolwiek wątpliwości co do rzetelności kalkulacji ceny oferty (vide: wyrok KIO z dnia 20 kwietnia 2017 r., sygn. akt KIO 681/17).

Przepis art. 90 ust. 3 ustawy Pzp, jednoznacznie nakazuje zamawiającemu odrzucić ofertę wykonawcy, który nie złożył wyjaśnień lub jeżeli dokonana ocena wyjaśnień wraz
z dostarczonymi dowodami potwierdza, że oferta zawiera rażąco niską cenę w stosunku do przedmiotu zamówienia. Przepis ten zawiera zatem odrębnie sformułowane przesłanki prawne nakazujące odrzucenie oferty. Brak wyjaśnień żądanych przez zamawiającego
w trybie art. 90 ust. 1 ustawy Pzp, stanowi samodzielną przesłankę odrzucenia oferty, niezależnie od ustalenia ceny rażąco niskiej, przy czym z brakiem wyjaśnień utożsamia się złożenie wyjaśnień lakonicznych, ogólnikowych.

Zdaniem Izby, należy mieć na uwadze, iż ustawowe pojęcie „wykazania" jest tożsame
z pojęciem „udowodnienia", a nie „uprawdopodobnienia". Oznacza to, iż wykonawca wyjaśniający musi przedstawić wszelkie dowody, które potwierdzą, że możliwe będzie wykonanie przedmiotu zamówienia za cenę podaną w ofercie. Jednak wyjaśnienia te
i dowody muszą mieć charakter obiektywny, albowiem wprost nakazuje to norma z art. 90 ust. 2 ustawy Pzp, która ciężar dowodowy w tym zakresie przerzuca na wykonawcę.

Z opisanym obowiązkiem wykonawcy w pełni skorelowany jest obowiązek zamawiającego wnikliwej i obiektywnej oceny składanych wyjaśnień. Przyjmuje się bowiem, iż nie tylko wyjaśnienia, dane i dowody wskazane przez wykonawcę powinny być na tyle konkretne, aby możliwa była ich weryfikacja oraz ocena wiarygodności, lecz również, iż wykonawcy mają prawo oczekiwać, że złożone w postępowaniu oferty i wyjaśnienia zostaną ocenione zgodnie z wyartykułowanymi przez zamawiającego wymaganiami oraz na podstawie ustawy,
w poszanowaniu zasad udzielania zamówień publicznych (wyrok KIO z dnia 25 czerwca 2019 r., sygn. KIO 1036/19; wyrok KIO z 7 czerwca 2016 r., sygn. KIO 846/16; wyrok z dnia 15 października 2018 r,, sygn. KIO 1946/18; wyrok KIO z 31 maja 2017 r., sygn. KIO 1001/17).

Na tle stosowania ustawy ukształtowano podstawowe przesłanki interpretacyjne:

1)obowiązek badania poprzez pryzmat realności poczynionych założeń (wyrok KIO
z dnia 7 czerwca 2016 r., sygn. KIO 846/16). Celem postępowania wyjaśniającego, o którym mowa w art. 90 ust. 1 i 1a ustawy Pzp, jest ustalenie, że zaoferowana cena jest realna, wiarygodna i zapewni prawidłowe wykonanie przedmiotu zamówienia, a procedura wyjaśniająca musi zmierzać do wyjaśnienia sposobu skalkulowania zaoferowanej ceny,
a także wątpliwych jej kosztów,

2)obowiązek rozpoznawania każdej sprawy (wyjaśnień) indywidualnie (*ad casum*) (wyrok Sądu Okręgowego w Warszawie z 25 sierpnia 2015 r., sygn. akt XXIII Ga 1072/15 oraz postanowienie Sądu Okręgowego w Poznaniu z 17 stycznia 2006 r., sygn. akt II Ca 2194/05).

Z orzecznictwa Izby wynika, że zamawiający może sformułować wezwanie do wyjaśnień w sprawie rażąco niskiej ceny w sposób szczegółowy i zadać wykonawcy pytania dotyczące konkretnych kosztów czy okoliczności wpływających na cenę oferty, co z pewnością ułatwia wykonawcy przygotowanie wyjaśnień, a następnie zamawiającemu - ich ocenę (wyrok KIO
z dnia 25 czerwca 2019 r., sygn. akt KIO 1056/19). Jednakże, przy szczegółowym sformułowaniu wymagań dotyczących wyjaśnień, zamawiający winien oceniać je przez pryzmat zasad określonych w wezwaniu - zaniechanie w tym zakresie stanowi naruszenie przez zamawiającego ustawy Pzp.

Izba wskazuje, że wyjaśnienia w zakresie ceny oferty lub kosztu, lub ich istotnych części składowych, powinny zostać rzetelnie opracowane, powinny być konkretne i wyczerpujące. Stanowią one bowiem podstawę oceny w zakresie prawidłowości ceny oferty, a zatem powinny rozwiewać wątpliwości zamawiającego, co do możliwości wykonania przedmiotu zamówienia zgodnie z wymaganiami określonymi w s.i.w.z. lub wynikającymi z odrębnych przepisów. Tym bardziej, że oferta podlega odrzuceniu zarówno wówczas, gdy wykonawca w odpowiedzi na wezwanie zamawiającego do złożenia wyjaśnień, w tym dowodów,
w przedmiocie rażąco niskiej ceny, w ogóle nie złożył wyjaśnień, jak też wówczas, gdy wykonawca wprawdzie złożył wyjaśnienia, ale są one niepełne, nierzetelne, nie odpowiadają żądaniu zamawiającego i nie wykazują, że oferta nie zawiera rażąco niskiej ceny. Zgodnie bowiem z przepisem art. 90 ust. 3 ustawy Pzp, 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 (wyrok KIO z dnia 26 lipca 2019 r., sygn. akt KIO 1362/19).

W związku w faktem, iż zarzuty odwołań dotyczą takich samych okoliczności prawnych oraz faktycznych, Krajowa Izba Odwoławcza postanowiła o łącznym odniesieniu się do stanowisk stron postępowania oraz przystępujących wykonawców w obydwu sprawach. Izba w całości podzieliła stanowiska prezentowane przez odwołujących się wykonawców.

Ponadto Izba wskazuje, iż celem udziału wykonawców w postępowaniu o udzielenie zamówienia publicznego jest chęć jego pozyskania, co wynika z celu gospodarczego, jaki przyświeca prowadzeniu określonej działalności gospodarczej. Oczywistym jest,
że działalność gospodarcza prowadzona przez przedsiębiorców w zakresie różnych dziedzin gospodarki, charakteryzuje się determinantami charakterystycznymi dla danego rodzaju działalności, którą kreuje również przedmiot zamówienia, co oznacza, że co do zasady, nie każdy wykonawca/przedsiębiorca będzie miał możliwość wzięcia udziału w każdym postępowaniu na zdecydowanie różny przedmiot zamówienia. Niemniej, jeżeli dany wykonawca ukierunkowany jest na realizację zadań w danej branży, to należy przypuszczać, że jest do tego uprawniony, a w szczególności, że posiada predyspozycje do realizowania właśnie takich zadań, przy czym predyspozycje te muszą być, co najmniej na poziomie określonym przez zamawiającego w dokumentacji postępowania.

W przedmiotowym postępowaniu zamawiający opisał przedmiot zamówienia, jako likwidację obiektów budowlanych, czyli typową robotę budowlaną. W ramach dokumentacji postępowania zamawiający opisał przedmiot zamówienia za pomocą dokumentacji technicznej oraz przedmiarów opartych na bazie KNR.

Izba stoi na stanowisku, iż sposób opisania przedmiotu zamówienia przez zamawiającego nie wykluczał możliwości optymalizacji wykonania zamówienia np. przez obniżanie współczynników. Jednakże w takim przypadku należy mieć na uwadze, że w przypadku gdy zamawiający stwierdzi, że będą zachodziły przesłanki do wezwania wykonawcy na podstawie art. 90 ust. 1 ustawy Pzp, do złożenia wyjaśnień w zakresie ceny oferty, to wykonawca, który dokonał takiej optymalizacji przez np. zmniejszenie współczynników, winien wykazać zamawiającemu, jakie okoliczności faktyczne umożliwiały mu dokonanie takiej czynności, tzn. jakie wykonawca zastosował oszczędności metody wykonania zamówienia, jakie wybrał rozwiązania techniczne, jakie miał wyjątkowo sprzyjające warunki do wykonywania zamówienia, które były jemu dostępne, czy też mógł wskazać na oryginalność swojego projektu. W przeciwnym razie, w ocenie Izby, wykonawca winien zastosować się do wytycznych zamawiającego opisanych w dokumentacji technicznej i przedmiarach.

Przystępujący AKPE, w wyznaczonym przez zamawiającego terminie złożył wyjaśnienia, jednakże, w ocenie Izby, nie wypełniają one przesłanek opisanych przepisem art. 90 ust. 1 ustawy Pzp, tym samym wykonawca ten nie wykazał, w rozumieniu przepisu art. 90 ust. 2 ustawy Pzp, że zaoferowana cena nie jest rażąco niska.

Wszystkie aspekty podnoszone przez odwołujących w odwołaniach oraz na rozprawie znalazły swoje uzasadnienie. W szczególności Izba wskazuje na fakt, oceniając wyjaśnienia złożone przez przystępującego AKPE, iż wyjaśnienia te (06.08.2020 r.) nie obaliły domniemania zamawiającego, co do RNC oferty przystępującego AKPE. Wyjaśnienia mają charakter bardzo ogólny, w części opisowej odnoszą się one do kilku elementów,
tj. przystępujący AKPE oświadcza, że jest samowystarczalny, jednakże na tę okoliczność żadnego dowodu nie powołuje, tym samym nie jest wiadomym, jaki faktycznie sprzęt, posiadany przez wykonawcę zostanie użyty do realizacji zamówienia. Przystępujący podał, że minimalizuje koszty utylizacji gruzu, który na własnej bazie poddaje recyklingowi, jednakże przystępujący nie wykazał czy posiada stosowne pozwolenia na przetwarzanie odpadów pod adresem siedziby przystępującego. Natomiast odwołujący (2307/20) złożył dowód z wydruku strony internetowej BDO, z którego wynika, że przystępujący nie posiada decyzji środowiskowej na przetwarzanie odpadów. Przystępujący okoliczności tej nie zaprzeczył, nie przedstawił też dowodu przeciwnego, co oznacza, że wyjaśnienia z dnia 06.08.2020 r., nie potwierdziły możliwości optymalizacji kosztów w tym zakresie,
tj. w zakresie możliwości pominięcia kosztów utylizacji czy nawet, jak to podnosił przystępujący, generowania przychodów ze sprzedaży przetworzonego gruzu. Przystępujący AKPE w wyjaśnieniach wskazał na fakt, iż inne oferty w tym postępowaniu są bardzo zbliżone cenowo, jednakże okoliczność ta, w ocenie Izby, nie ma żadnego znaczenia przy ocenie oferty przystępującego w zakresie RNC, albowiem to wykonawca wezwany do złożenia wyjaśnień ma wykazać, a więc udowodnić, że jego kalkulacja, uwzględniająca jego indywidualne predyspozycje i możliwości daje mu realną przewagę nad innymi wykonawcami, a cena ofertowa jest prawidłowo skalkulowana. Ponadto, w wyjaśnieniach przystępujący podał, że w cenę ofertową wliczył ryzyko związane z wykonaniem zamówienia, jednakże nie podał w jakiej wysokości to ryzyko oszacował i w którą pozycję kosztorysu ją wliczył oraz oświadczył, że ceny uwzględniają wszelkie wymogi s.i.w.z., prawa oraz zasad sztuki budowlanej, które są oświadczeniami ogólnymi, blankietowymi, żądanymi praktycznie przez wszystkich zamawiających.

Następnie przystępujący AKPE w wyjaśnieniach podał, że dokonał optymalizacji prac opisanych przez zamawiającego w przedmiarach, poprzez scalenie niektórych pozycji, przyjął też kalkulacje własne oraz dokonał korekty w kosztorysach.

Jak już wcześniej Izba wskazywała, dopuszczalne jest optymalizowanie prac będących przedmiotem zamówienia, co stanowi naturalną konsekwencję walki rynkowej przedsiębiorców. Jednakże optymalizacja taka musi znaleźć swoje odzwierciedlenie
w wyjaśnieniach wykonawcy składanych zamawiającemu. Przystępujący do wyjaśnień załączył kosztorysy dla części I i II zamówienia, w których zostały podane określone prace, ceny za nie oraz współczynniki użyte przez wykonawcę. W żadnym miejscu wyjaśnień przystępujący nie wykazał, że zaoferowane ceny czy użyte współczynniki wynikają
z obiektywnych możliwości, dostępnych tylko temu wykonawcy.

Reasumując Izba stwierdziła, że przystępujący AKPE nie wykazał realności zaproponowanej ceny, a zatem stwierdzić należało, że oferta tego wykonawcy, w zakresie części I i II podlegała odrzuceniu, gdyż ocena złożonych wyjaśnień nie obaliła domniemania RNC w ofercie przystępującego AKPE, tym samym wypełniła się przesłanka z art. 90 ust. 3 ustawy Pzp.

Izbę dziwi również okoliczność, wskazywana przez przystępujący AKPE na rozprawie,
że wyjaśnienia składane zamawiającemu na pierwszym etapie postępowania (dotyczące RNC), po złożeniu ofert ale przed aukcją, stanowiły niejako „grę" konkurencyjną wykonawcy, który składając rzeczone wyjaśnienia nie chciał zdradzić taktyki cenowej przedsiębiorstwa, stąd ceny, jakie zaproponował w złożonych wyjaśnieniach (kosztorysie) musiały być wyższe, a zakres prac określonych danymi współczynnikami mógł być większy niż w wyjaśnieniach składanych zamawiającemu po przeprowadzonej aukcji. Izba zdaje sobie sprawę, że celem aukcji jest pozyskanie przez zamawiającego jak najbardziej korzystnych ofert cenowych, jednakże nie mogą wypaczać sensu i sposobu realizacji zamówienia. Konkurowanie przez przedsiębiorców cenami jest jak najbardziej pożądane i dopuszczalne. Dziwi jednak, w jaki sposób wykonawca oszacował np. nakład pracy dla określonej roboty, gdzie w pierwszych wyjaśnieniach podał współczynnik zgodny z wymaganiami zamawiającego, natomiast po wygraniu aukcji, w wyjaśnieniach dokonał obniżenia tego współczynnika. Takie działanie wykonawcy może budzić wątpliwość, co do rzetelności przygotowanej oferty, której treść jest odpowiednio modyfikowana do sytuacji wykonawcy w postępowaniu.

W zakresie dowodów zgłoszonych, na rozprawie, przez przystępującego Akpe, Izba wskazuje co następuje:

a) dowód nr 1 (referencje) - dowód bez znaczenia dla rozstrzygnięcia sprawy, gdyż nie dotyczy zadania wykonywanego przez przystępującego – dowód oddalony przez Izbę,
b) dowód nr 2 (zestawienie ofert, jakie zostały złożone dla miasta Opole wraz z metryką projektu oraz protokołem odbioru końcowego) – dowód oddalony z uwagi na brak przekazania jego odpisu odwołującemu w sprawie KIO 2324/20 oraz przystępującemu w sprawie KIO 2307/20,
c) dowód nr 3 (oferta z dnia 1.10.2020 r. uzyskaną od firmy T-W) – dowód bez znaczenia dla rozstrzygnięcia sprawy, gdyż nie dotyczy odpadów o kodzie wskazanym przez zamawiającego, nadto oferta została przedstawiona przystępującemu po terminie składania ofert – dowód oddalony przez Izbę,
d) dowód nr 4 (2 oferty na odbiór oraz odbiór i utylizację szkła okiennego) – dowód bez znaczenia dla rozstrzygnięcia sprawy, gdyż w związku z oświadczeniem przystępującego o sposobie wykonywania prac, szkło (stłuczka) nie będzie odpadem o kodzie 17 02 02, czyli bez zanieczyszczeń, nadto jedna z ofert została przedstawiona przystępującemu po terminie składania ofert – dowód oddalony przez Izbę,
e) dowód nr 5 (faktury oraz specyfikacja urządzenia – zwyżki) – faktury potwierdzają cenę za jaką przystępujący

wynajmuje urządzenie, jednakże nie zostały one wykazane zamawiającemu na etapie składanych wyjaśnień – dowód oddalony przez Izbę,

f)dowód nr 6 (zestawienie własne wraz z fakturami - dotyczące transportu maszyn) – faktury potwierdzają cenę, za jaką przystępujący nabywa usługę transportu maszyn i urządzeń, jednakże nie zostały one wykazane zamawiającemu na etapie składanych wyjaśnień – dowód oddalony przez Izbę.

Ponadto dowody powyższe nie mogły zostać dopuszczone przez Izbę ze względów formalnych, gdyż nie zostały potwierdzone za zgodność z oryginałem oraz nie zostały podpisane.

Biorąc pod uwagę powyższe, orzeczono jak w sentencji.

O kosztach postępowania odwoławczego orzeczono na podstawie art. 192 ust. 9 i 10 ustawy Prawo zamówień publicznych, stosownie do wyniku postępowania, zgodnie z § 1 ust. 1 pkt 2, § 3 rozporządzenia Prezesa Rady Ministrów z dnia 15 marca 2010 r. w sprawie wysokości wpisu od odwołania oraz rodzajów kosztów w postępowaniu odwoławczym
i sposobu ich rozliczania (Dz. U. 2018, poz. 972), uwzględniając koszty poniesione przez odwołujących związane z wpisem od odwołań (2 x 10 000,00 zł) oraz wynagrodzeniem pełnomocników (2 x 3 600,00 zł).

Przewodniczący:……