

WYROK
z dnia 8 września 2021 r.

Krajowa Izba Odwoławcza - w składzie:

Przewodniczący: Agnieszka Trojanowska
Protokolant: Klaudia Kwadrans

po rozpoznaniu na rozprawie w Warszawie w dniu 6 września 2021 r. odwołania wniesionego do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej w dniu 5 lipca 2021 r. przez **wykonawcę Energokon- Plus spółka z ograniczoną odpowiedzialnością z siedzibą w Sosnowcu, ul. Mierosławskiego 3** w postępowaniu prowadzonym przez **zamawiającego – Zakład Gospodarki Mieszkaniowej Towarzystwo Budownictwa Społecznego w Częstochowie spółka z ograniczoną odpowiedzialnością z siedzibą w Częstochowie, ul. Polskiej Organizacji Wojskowej 24** przy udziale **wykonawcy S. P. prowadzącego działalność gospodarczą pod firmą Przedsiębiorstwo Produkcyjno-Handlowo-Usługowe HOGA S. P. z siedzibą w Gominie – Kolonia, ul. Trybunalska 9** głaszającego swoje przystąpienie w sprawie sygn. akt KIO 2031/21 po stronie zamawiającego

orzeka:

1. **Uwzględnić odwołanie i nakazać zamawiającemu unieważnienie czynności wyboru oferty najkorzystniejszej oraz nakazać dokonać czynności odrzucenia oferty wykonawcy S. P. prowadzącego działalność gospodarczą pod firmą Przedsiębiorstwo Produkcyjno-Handlowo-Usługowe HOGA S. P. z siedzibą w Gominie – Kolonia, ul. Trybunalska 9 i wykonawcy D. P. prowadzącego działalność gospodarczą pod firmą Zakład Usługowo - Handlowy "MEGA-POL" D. P. z siedzibą w Turowie, ul. Długa 27B na podstawie art. 226 ust. 1 pkt 8 ustawy w związku z art. 224 ust. 6 ustawy z uwagi na to, że złożone wyjaśnienia wraz z dowodami nie uzasadniają podanej przez tych wykonawców ceny,**
2. **kosztami postępowania obciążyć zamawiającego – Zakład Gospodarki Mieszkaniowej Towarzystwo Budownictwa Społecznego w Częstochowie spółka z ograniczoną odpowiedzialnością z siedzibą w Częstochowie, ul. Polskiej Organizacji Wojskowej 24 i:**
 - 2.1. **zaliczyć w poczet kosztów postępowania odwoławczego kwotę 10 000 zł 00 gr (słownie: dziesięć tysięcy złotych zero groszy) uiszczoną przez Energokon-Plus spółka z ograniczoną odpowiedzialnością z siedzibą w Sosnowcu, ul. Mierosławskiego 3 tytułem wpisu od odwołania,**
 - 2.2. **zasądzić od zamawiającego – Zakład Gospodarki Mieszkaniowej Towarzystwo Budownictwa Społecznego w Częstochowie spółka z ograniczoną odpowiedzialnością z siedzibą w Częstochowie, ul. Polskiej Organizacji Wojskowej 24 na rzecz Energokon-Plus spółka z ograniczoną odpowiedzialnością z siedzibą w Sosnowcu, ul. Mierosławskiego 3 kwotę 13 600 zł 00 gr (słownie: trzynaście tysięcy sześćset złotych zero groszy) stanowiącą koszty postępowania odwoławczego poniesione z tytułu wpisu i wydatków pełnomocnika.**

Stosownie do art. 579 ust. 1 i 580 ust. 1 i 2 ustawy z dnia 11 września 2019 r. Prawo zamówień publicznych (Dz. U. z 2021 r., poz. 1129 z późn. zm.) na niniejszy wyrok - w terminie 14 dni od dnia jego doręczenia - przysługuje skarga za pośrednictwem Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej do Sądu Okręgowego **w Warszawie.**

Przewodniczący:.....

Sygn. akt KIO 2031/21

Uzasadnienie

Postępowanie o udzielenie zamówienia publicznego w trybie podstawowym na rozbiórkę budynków gospodarczych przy al. NMP 2 w Częstochowie stanowiących zasób komunalny gminy zarządzany i administrowany przez ZGM TBS w Częstochowie spółka z ograniczoną odpowiedzialnością zostało wszczęte ogłoszeniem w Biuletynie Zamówień Publicznych 2021/BZP 0006390/01.

W dniu 30 czerwca 2021 r. zamawiający poinformował o wyniku postępowania.

W dniu 5 lipca 2021 r. odwołanie wniósł Energokon-Plus spółka z ograniczoną odpowiedzialnością z siedzibą w Rybniku. Odwołanie zostało wniesione przez pełnomocnika działającego na podstawie pełnomocnictwa z dnia 5 lipca 2021 r. udzielonego przez prezesa i wiceprezesa zarządu ujawnionych w KRS i upoważnionych do łącznej reprezentacji zgodnie z odpisem z KRS. Kopia odwołania została przekazana zamawiającemu w dniu 5 lipca 2021 r.

Odwołujący zarzucił zamawiającemu naruszenie:

1. art. 226 ust. 1 pkt 8) ustawy i art. 224 ust. 6 ustawy w zw. z art. 16 pkt 1, 2 i 3 ustawy, przez zaniechanie odrzucenia ofert wykonawców: P.P.H.U. HOGA oraz MEGA-POL jako ofert zawierających rażąco niskie ceny, podczas gdy treść udzielonych przez ww. wykonawców wyjaśnień potwierdza, że oferty zawierają rażąco niskie ceny z przyczyn wskazanych w uzasadnieniu niniejszego odwołania w wyniku czego doszło do zaniechania przeprowadzenia postępowania o udzielenie zamówienia w sposób zapewniający zachowanie uczciwej konkurencji i równe traktowanie wykonawców oraz zgodnie z zasadami proporcjonalności i przejrzystości;
2. art. 239 ust. 1 ustawy, przez dokonanie wyboru oferty wykonawcy P.P.H.U. HOGA jako oferty najkorzystniejszej w niniejszym postępowaniu, podczas gdy oferta ww. wykonawcy podlega odrzuceniu w powodu rażąco niskiej ceny.

Wnioś o nakazanie zamawiającemu:

1. unieważnienia czynności wyboru oferty najkorzystniejszej;
2. dokonania odrzucenia oferty wykonawcy P.P.H.U. HOGA;
3. dokonania odrzucenia oferty wykonawcy MEGA-POL;
4. powtórzenia czynności oceny ofert i wyboru oferty najkorzystniejszej.

Istnienie interesu w uzyskaniu zamówienia po stronie odwołującego wynika z faktu, iż złożył od ofertę w przedmiotowym postępowaniu, która to oferta nie podlega odrzuceniu, w związku z czym odwołujący ma realną szansę na uzyskanie przedmiotowego zamówienia. W wyniku naruszenia przepisów ustawy interes odwołującego w uzyskaniu zamówienia doznał uszczerbku, bowiem zamawiający dokonał wyboru oferty złożonej przez wykonawcę P.P.H.U. HOGA, która z kolei podlega odrzuceniu (podobnie jak oferta wykonawcy MEGA-POL).

Zważywszy na zakres podniesionych zarzutów, odwołujący ma szansę na uzyskanie zamówienia, ponieważ w

przypadku uwzględnienia odwołania, Izba może nakazać wykonanie lub powtórzenie czynności zamawiającego lub nakazać unieważnienie czynności zamawiającego zgodnie z żądaniami odwołującego. Mając na uwadze powyższe, można realnie zakładać, że po ponownym badaniu i ocenie ofert w wyniku wykonania wyroku Izby, zamawiający dokona wyboru oferty odwołującego.

W wyniku zaszyfrowanych naruszeń ustawy odwołujący został narażony na szkodę związaną z utratą spodziewanego zysku z tytułu realizacji kontraktu na rzecz zamawiającego, które to zamówienie powinno zostać udzielone odwołującemu. W konsekwencji, odwołujący może nie uzyskać zamówienia i w ten sposób nie osiągnąć zysku, który planował osiągnąć w wyniku realizacji przedmiotowego zamówienia (lucrum cessans).

Zgodnie z pkt IV.2 SWZ, zakres realizacji objęty przedmiotem zamówienia określa przedmiar robót – Załącznik nr 7 do SWZ, Specyfikacja Techniczna Wykonanie i Odbioru Robót Budowlanych (STWiORB) stanowiąca - Załącznik nr 8 do SWZ oraz Projekt Budowlany - Załącznik nr 9 do SWZ.

W dniu 14 czerwca 2021 r. odbyło się otwarcie ofert, przed którym zamawiający podał wysokość kwoty jaką zamierza przeznaczyć na sfinansowanie zamówienia, tj. 230 928,44 zł brutto.

Z informacji z otwarcia ofert wynika, że w postępowaniu złożono 4 oferty, tj.:

1) P. P. H. U. „HOGA” S. P., Gomulin-Kolonia, ul. Trybunalska 9, 97-371 Wola Krzysztoporska (cena oferty: 81 180,00 zł brutto),

2) Zakład Usługowo - Handlowy „MEGA-POL”, Turów, ul. Długa 27B, 42-256 Olsztyn (cena oferty: 92 250,00 zł brutto),

3) Energokon-Plus Sp. z o. o., ul. Mierosławskiego 3, 41-200 Sosnowiec (cena oferty: 227 550,00 zł brutto),

4) Firma ZK S.C. K. Ż., G. Ż., ul. Okrężna 24, 44-100 Gliwice (cena oferty: 290 280,00 zł brutto),

W dniu 15 czerwca 2021 r. zamawiający skierował do wykonawcy P. P. H. U. „HOGA” oraz do wykonawcy MEGA-POL wezwania do złożenia wyjaśnień w zakresie rażąco niskiej ceny.

Pismo zawierało wzmiankę o konieczności złożenia wyjaśnień dotyczących sposobu wyliczenia ceny oferty wraz z dowodami

W dniu 30 czerwca 2021 r. Zamawiający poinformował o dokonaniu wyboru oferty złożonej przez P. P. H. U. „HOGA” zawierającej cenę 81 180,00 zł brutto.

W odpowiedzi na wezwanie zamawiającego pismem z dnia 17 czerwca 2021 r. wykonawca P. P. H. U. „HOGA” przedstawił kalkulację ceny oferty, w której wymienił następujące czynniki wpływające na możliwość obniżenia ceny:

1) „Jesteśmy firmą z wieloletnim doświadczeniem w zakresie wykonywania rozbiórek i wyburzeń, co potwierdzają posiadane przez naszą firmę referencje i oświadczenia Inwestorów z którymi współpracowaliśmy”.

2) „(...) posiadamy wykwalifikowaną kadrę pracowniczą, co pozwala nam szybko i profesjonalnie wykonać powierzone zadania zachowując przy tym wysokie standardy bezpieczeństwa.

3) „(...) wszyscy nasi pracownicy są zatrudnieni legalnie i firma odprowadza ustawowe składki. Wynagrodzenie naszych pracowników jest wyższe od minimalnego wynagrodzenia ustalonego w ustawie o wynagrodzeniu”.

4) „(...) posiadamy własne rozbudowane zaplecze sprzętowe wraz ze specjalistycznym osprzętem do prowadzenia rozbiórek tj. koparki, koparko-ladowarki, młoty i nożyce wyburzeniowe oraz kruszarkę”.

5) „Zatrudniamy pracowników zajmujących się serwisowaniem sprzętu. Dzięki temu nie ponosimy kosztów związanych z wynajmem sprzętu jak i również znacząco obniżamy koszty związane z bieżącym utrzymaniem, serwisowaniem i naprawami awaryjnymi sprzętu”.

6) „Ponadto posiadamy własne samochody samowyladowcze, co pozwala na znaczące obniżenie kosztów związanych z transportem materiałów oraz sprzętu”.

7) „Firma nasza posiada również własne kontenery socjalne, ogrodzenia tymczasowe oraz leje zsykowe, rusztowania i sprzęt niezbędny do wykonywania prac towarzyszących, co również powoduje znaczące obniżenie kosztów realizacji przedsięwzięć, ze względu na brak konieczności ich wynajmu”.

8) „Wieloletnia obecność na rynku zaowocowała w postaci współpracy z firmami zajmującymi się odbiorem i utylizacją odpadów (niekwalifikujących się do odzysku), z którymi mamy podpisane umowy ramowe. Dzięki temu uzyskaliśmy bardzo korzystne stawki odbioru i utylizacji materiałów. Zapewniamy, iż firmy z którymi współpracujemy działają legalnie i w sposób profesjonalny oraz zgodny z prawem utylizują przekazane im materiały, co jest każdorazowo dokumentowane”.

9) „Analogicznie sytuacja ma się do zakupu i dostaw materiałów budowlanych, gdzie przy wieloletniej współpracy jesteśmy w stanie wynegocjować korzystne ceny materiałów, a z uwagi na wieloletnią dobrą współpracę nie mamy problemu z czasem oczekiwania na dostawy, co ma duży wpływ na prowadzenie frontu robót i nie powoduje przestojów, jednocześnie nie generując dodatkowych kosztów”.

10) „Jesteśmy małym, lokalnym Przedsiębiorcą i nie posiadamy rozbudowanej administracji, co pozwala nam utrzymać koszty pośrednie na niskim poziomie”.

W związku z powyższym P.P.H.U. „HOGA” zapewnił, iż jest w stanie zrealizować usługę w sposób rzetelny i terminowy za cenę podaną w ofercie.

Analiza założeń poczynionych przez P.P.H.U. „HOGA” w przedstawionej kalkulacji cenowej przeprowadzona przez odwołującego prowadzi do wniosku, że cena zaferowana przez ww. wykonawcę stanowi ceną rażąco niską, niewspółmierną do kosztów wykonania zamówienia.

Odnosząc się do przedstawionych przez P.P.H.U. „HOGA” „wyjątkowo sprzyjających warunków”, w pierwszej kolejności odwołujący podniósł, że wykonawca nie udowodnił, że okoliczności, na które się powołuje mają charakter wyjątkowy, niedostępny innym przedsiębiorcom obecnym na rynku. Odwołujący zauważył, że w przypadku gdy wykonawca powołuje się na szczególnie sprzyjające warunki, które mają uzasadniać obniżenie ceny, jest zobowiązany wykazać, że są one niedostępne innym wykonawcom oraz wykazać konkretny wpływ tych warunków na obniżenie ceny (wyrok Krajowej Izby Odwoławczej z dnia 20 kwietnia 2017 r., sygn. akt KIO 681/17).

Powołał wyrok Sądu Okręgowego we Wrocławiu z dnia 8 listopada 2007 r., sygn. akt X Ga 294/06.

W przypadku zamówienia objętego niniejszym postępowaniem, czynniki takie jak posiadanie własnego sprzętu budowlanego, posiadanie własnego zaplecza sanitarnego, agregatów prądotwórczych, oświetlenia czy też dysponowanie własną kadrą wykwalifikowanych pracowników budowlanych powinny być uwzględnione w ofercie każdego wykonawcy, gdyż rozbiórki obiektów budowlanych nie mogą być realizowane bez dysponowania opisanymi zasobami.

Po drugie, odwołujący zauważył, że wykonawca P.P.H.U. „HOGA” nie udowodnił jaki konkretnie wpływ na wysokość ceny miały poszczególne okoliczności, na które wykonawca powołał się w swoich wyjaśnieniach. Odwołujący wskazuje za

orzecznictwem Izby, iż wykonawca, który składa wyjaśnienia w zakresie rażąco niskiej ceny powinien wskazać, co spowodowało obniżenie ceny, jak również to, w jakim stopniu wskazany czynnik wpłynął na jej obniżenie (zob. wyrok KIO z dnia 18 grudnia 2012 r., sygn. akt KIO 2659/12).

Wykonawcy wolno opisać dowolne przyczyny uzasadniające rzetelną kalkulację ceny ofertowej, jednak pod warunkiem, że mają one charakter obiektywny, dający się zweryfikować. Tymczasem, wykonawca P.P.H.U. „HOGA” nie podał żadnych konkretnych, możliwych do weryfikacji informacji, które pozwalałyby ustalić o jakie konkretnie wartości zoptymalizowano poszczególne czynniki cenotwórcze.

Odwolujący podkreślił, że wykonawca ITL nie przedstawił dowodów na istnienie okoliczności, które w jego ocenie miały mieć wpływ na wysokość ceny. W szczególności, wykonawca nie udowodnił, że dysponuje własnym sprzętem budowlanym (w tym koparkami i samochodami ciężarowymi), własnym zapleczem sanitarnym, agregatami prądotwórczymi, oświetleniem czy też wreszcie własną kadrą wykwalifikowanych pracowników budowlanych. Wśród załączników do wyjaśnień z dnia 7 czerwca 2021 r. brakuje dowodów potwierdzających te okoliczności.

Reasumując, okoliczności przywołane w wyjaśnieniach z dnia 7 czerwca 2021 r. nie zostały przez ITL w żaden sposób udowodnione. Nawet gdyby zostały udowodnione, to nie przedstawiają one żadnej wartości dla oceny tej oferty w kontekście art. 224 ust. 5 ustawy, gdyż nie są to okoliczności, które w jakikolwiek sposób wyróżniałyby ITL na tle pozostałych wykonawców funkcjonujących w tej branży. Nie są to przymioty, które dostępne są wyłącznie firmie ITL i pozwalają osiągnąć przewagę konkurencyjną tak znaczną, aby umożliwiała ona wykonanie zamówienia za około 10% jego rynkowych kosztów (rozumianych jako szacunkowa wartość zamówienia).

Wykonawca P.P.H.U. „HOGA” nie wykazał zarobków pracowników zatrudnionych w swoim przedsiębiorstwie, mimo że zamawiający w wezwaniu do złożenia wyjaśnień żądał również przedstawienia dowodów na poparcie wskazanych okoliczności. Zgodnie z orzecznictwem Izby, dowodami takimi mogą być np. zawarte umowy czy dokumenty płacowe (wyrok Krajowej Izby Odwoławczej z dnia 14 stycznia 2021 r., sygn. akt KIO 3338/20). Wykonawca P.P.H.U. „HOGA” nie złożył żadnego dowodu w tym zakresie. Nie wiadomo, ile osób będzie wykonywać przedmiotowe zamówienie, jaka będzie wysokość ich wynagrodzenia oraz jakie koszty poniesie pracodawca. W przedłożonych zamawiającemu wyjaśnieniach brakuje informacji ile czasu będą pracować poszczególni pracownicy (pracownicy ogólnobudowlani, operatorzy sprzętu, brygadziści).

Pomimo przedstawionych twierdzeń wykonawca P.P.H.U. „HOGA” nie przedstawił żadnych dowodów na okoliczność dysponowania „własnym rozbudowanym zapleczem sprzętowym wraz ze specjalistycznym osprzętem do prowadzenia rozbiórek” (koparki, koparko-ladowarki, młoty i nożyce wyburzeniowe oraz kruszarka). Ponadto, nie wyjaśniono kosztów związanych z amortyzacją, serwisem i eksploatacją ww. sprzętu. Brakuje dowodów potwierdzających koszt transportu sprzętu na teren rozbiórki. Koszt pracy sprzętu (koparka wałowa z młotem wyburzeniowym) wykonawca P.P.H.U. „HOGA” określił głośno w kwotę 100,00 zł za 1 godzinę.

Opisując koszt pracy koparki (100,00 zł netto za 1 godzinę) nie wyjaśniono ani nie udowodniono czy ww. stawka uwzględnia amortyzację (lub ratę leasingu) oraz wszelkie pozostałe koszty związane z eksploatacją sprzętu (prace operatora, paliwo, materiały eksploatacyjne, serwis, ubezpieczenie i inne).

Wyjaśnienia nie zawierają jakichkolwiek dowodów potwierdzających rzetelność poszczególnych stawek kosztowych zaprezentowanych w kalkulacji.

Ponadto, wykonawca P.P.H.U. „HOGA” nie udowodnił żaden sposób, że w deklarowanym terminie wydajność pracy jego koparki pozwoli na wykonanie rozbiórki mechanicznej obiektów o kubaturze opisanej w SWZ. Kalkulacja wykonawcy P.P.H.U. „HOGA” opiera się na jego głośnych twierdzeniach w tym zakresie, które nie zostały poparte dowodami.

Również w przypadku kosztów transportu (kosztów pracy samochodów ciężarowych) w żaden sposób nie wyjaśniono ani nie udowodniono, że koszty te uwzględniono w cenie oferty. Wykonawca nie potwierdził, że dysponuje własnymi samochodami ciężarowymi. Nie wiadomo jakie elementy składają się na koszt transportu, nie wykazano zużycia paliwa, amortyzacji, kosztów serwisu, ubezpieczenia.

W konsekwencji, wykonawca P.P.H.U. „HOGA” nie wyjaśnił konkretnie i wyczerpująco zarówno kosztów pracy koparki i samochodu ciężarowego jak i kosztów pracy operatora koparki i kierowcy ciężarówki.

Wykonawca P.P.H.U. „HOGA” głośno deklaruje poniesienie kosztów: (1) wywozu i utylizacji gruzu, (2) wywozu i utylizacji papy, (3) wywozu i utylizacji odpadów zmieszanych.

Do wyjaśnień z dnia 17 czerwca 2021 r. nie załączono żadnych dowodów potwierdzających koszty utylizacji odpadów.

W „wyjaśnieniach” brakuje informacji kto i za ile będzie utylizować odpady pochodzące z rozbiórki. Wszystkie materiały z rozbiórki bezwzględnie muszą być poddane utylizacji, na co wykonawca zobowiązany jest przedstawić zamawiającemu dokumenty potwierdzające utylizację. Wykonawca P.P.H.U. „HOGA” nie udowodnił zamawiającemu, że zamierza zgodnie z prawem i na warunkach rynkowych wykonać utylizację ww. odpadów.

Projekt wymaga, aby wszelkie powstałe pustki po rozbieranych budynkach wypełnić piaskiem zasypowym, a zewnętrzną warstwę gruntu wysypać ziemią urodzajną. Wykonawca P.P.H.U. „HOGA” nie uwzględnił w cenie oferty niezbędnych nakładów związanych z zakupem materiału (piasku i ziemi urodzajnej) do zasypiania niecek powstałych po rozbiórze fundamentów likwidowanych obiektów budowlanych.

W ocenie odwołującego wyjaśnienia P.P.H.U. „HOGA” z dnia 17 czerwca 2021 r. są nieprecyzyjne, ogólnikowe, nie odnoszą się do treści wezwania oraz nie zostały poparte wiarygodnymi dowodami.

Oczywistym jest, że przedstawione wyjaśnienia winny być nie tylko konkretne i przekonujące, ale również poparte stosownymi dowodami. Złożenie wyjaśnień niepełnych, ogólnikowych, nierozpraszających wątpliwości leżących u podstaw wezwania, pociąga za sobą sankcję w postaci odrzucenia oferty. Wykonawca działający z należytą starannością winien odpowiednio zareagować na wezwanie zamawiającego, mając na względzie skutki, jakie ustawa wiąże z instytucją wyjaśnień. Wykonawca może, bądź za pomocą dowolnych środków dowodowych wzmacniać prezentowaną argumentację, lub też poprzestać na wyjaśnieniach, co czyni jednak wyłącznie na własne ryzyko. Złożenie wyjaśnień wystarczająco szczegółowych, umotywowanych oraz przekonujących, że cena nie jest rażąco niska, jest obowiązkiem wykonawcy (zob. wyrok KIO z dnia 19 czerwca 2012 r., sygn. akt KIO 1166/12).

Biorąc pod uwagę zysk/marżę wynikającą z wyjaśnień P.P.H.U. „HOGA” (6 000,00 zł netto), koszty zaniżone bądź nieprzewidziane przez wykonawcę oraz brak dowodów, należy według odwołującego uznać cenę jego oferty za rażąco niską w rozumieniu ustawy Prawo zamówień publicznych.

Dokonując analizy wyjaśnień złożonych przez wykonawcę P.P.H.U. „HOGA”, nie trudno oprzeć się wrażeniu, iż wyjaśnienia te są zbyt ogólne, by uznać je za wystarczające do uznania, że wykonawca ten nie zaoferował rażąco niskiej ceny w przedmiotowym postępowaniu o udzielenie zamówienia publicznego. Wykonawca w istocie nie odniósł się do treści wezwania zamawiającego z dnia 15 czerwca 2021 r., nie wskazał żadnych okoliczności, które miały wpływ na obniżenie ceny, oraz nie podał w jaki sposób i o jakie wartości cena mogła zostać obniżona. Wykonawca nie powołał się

na żadne okoliczności, które byłyby wyjątkowe i nie przysługiwały innym wykonawcom, ubiegającym się o zamówienie. Wykonawca nie udzielił w istocie odpowiedzi na pytania zadane mu przez zamawiającego. Należy podkreślić, iż, wzywając wykonawcę P.P.H.U. „HOGA” do złożenia wyjaśnień w kwestii zaoferowanej ceny, Zamawiający bardzo dokładnie wskazał, jakiego rodzaju wyjaśnień oczekuje wraz z zaznaczeniem obowiązku wykazania, w jaki sposób okoliczności te będą miały wpływ na zaoferowaną cenę. Zamawiający wprost oczekiwał przedstawienia dowodów na potwierdzenie okoliczności wpływających na obniżenie ceny, na które wykonawca będzie się powoływał.

Skoro wykonawca P.P.H.U. „HOGA” nie udowodnił szeregu czynników kosztotwórczych składających się na koszty realizacji zamówienia, to zamawiający nie miał podstaw do uznania, że jego oferta nie zawiera ceny rażąco niskiej. Wykonawca nie przedłożył żadnych dowodów potwierdzających rzetelność zaoferowanej ceny (w szczególności nie wykazał wyjątkowych okoliczności, które miałyby spowodować obniżenie cen). W miejsce dowodów (wyraźnie wskazanych z pismach zamawiającego), wykonawca P.P.H.U. „HOGA” powołuje się głośnie na swoje zaplecze techniczne, doświadczenie i możliwości organizacyjne.

Wyjaśnienia w zakresie ceny oferty lub ich istotnych części składowych powinny zostać rzetelnie opracowane oraz zawierać konkretne i wyczerpujące informacje. Wyjaśnienia wykonawcy P.P.H.U. „HOGA” zostały przedstawione w sposób lakoniczny. W piśmie wykonawcy został zawarty zbiór informacji niepowiązanych ze sobą, nie wnoszących nic do sprawy oświadczeń, nie popartych komentarzami i rzetelnymi dowodami. Na mocy art. 224 ust. 6 ustawy zamawiający jest zobowiązany odrzucić ofertę wykonawcy, który nie udzielił wyjaśnień, lub jeżeli dokonana ocena złożonych przez wykonawcę wyjaśnień oraz dostarczonych dowodów potwierdzi, 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).

Odwołujący powołał wyrok z dnia 27 czerwca 2019 r., KIO 1060/19, wyrok KIO z 29.04.2016 r., sygn. akt: KIO 596/16, wyrok KIO z 14.09.2018 r., sygn. akt: KIO 1764/18, wyrok KIO z 19.01.2017 r., sygn. akt: KIO 28/17, wyrok KIO z 05.04.2017 r., sygn. akt: KIO 539/17

Zaniechanie odrzucenia oferty MEGA-POL z powodu rażąco niskiej ceny

W odpowiedzi na wezwanie zamawiającego pismem z dnia 17 czerwca 2021 r. wykonawca MEGA-POL przedstawił kalkulację ceny oferty, w której wymienił następujące obiektywne czynniki wpływające na możliwość obniżenia ceny:

- 1) Wykonanie realizacji zamówienia sposobem mechanicznym, co ograniczy ilość zatrudnionych pracowników.
- 2) Z uwagi na siedzibę blisko miejsca wykonania zamówienia firma MEGA-POL, nie będzie ponosiła kosztów oddelegowania pracowników i opłat za noclegi.
- 3) Oszczędność kosztów będzie wynikała z wykonywania kilku zadań inwestycyjnych jednocześnie.
- 4) Koszty pracy nie będą niższe niż minimalne wynagrodzenie za pracę ustalone na podstawie art. 2 ust. 3-5 ustawy z dnia 10 października 2002r. o minimalnym wynagrodzeniu za pracę (Dz. U. Nr 200, poz. 1679, z późn. zm.).
- 5) Firma MEGA-POL posiada pozwolenia na transport, zbieranie i wytworzenie odpadów.
- 6) Pozyskany gruz, drewno oraz stal uzyskana z segregacji konstrukcji żelbetowych firma MEGA-POL planuje odzyskać. Dodatkowo będzie to podnosiło wartość wykonywanej usługi, gdyż gruz po recyklingu, firma MEGA-POL zamierza sprzedać w postaci kruszywa.
- 7) Użycie samochodów, maszyn i sprzętu, które są własnością firmy MEGA-POL, również będzie sprzyjać niższym kosztom. Jedyny koszt związany z użyciem samochodów, maszyn i sprzętu, to amortyzacja oraz koszty jego eksploatacji.

Analiza założeń poczynionych przez MEGA-POL w przedstawionej kalkulacji cenowej prowadzi odwołującego do wniosku, że cena zaoferowana przez ww. wykonawcę stanowi ceną rażąco niską, niewspółmierną do kosztów wykonania zamówienia, zaś wszelkie czynniki mające wpływ na obniżenie ceny nie zostały udowodnione.

Odnosząc się do przedstawionych przez MEGA-POL „wyjątkowo sprzyjających warunków” odwołujący przedstawił argumentację zbieżną z argumentacją odnoszącą się do PPHU Hoga. Odwołujący podkreślił, że okoliczności przywołane w wyjaśnieniach z dnia 9 czerwca 2021 r. nie zostały przez wykonawcę MEGA-POL w żaden sposób udowodnione. Nawet gdyby zostały udowodnione, to nie przedstawiają one żadnej wartości dla oceny tej oferty w kontekście art. 224 ust. 5 ustawy, gdyż nie są to okoliczności, które w jakikolwiek sposób wyróżniałyby MEGA-POL na tle pozostałych wykonawców funkcjonujących w tej branży. Nie są to przynajmniej, które dostępne są wyłącznie firmie MEGA-POL i pozwalają osiągnąć przewagę konkurencyjną tak znaczną, aby umożliwiała ona wykonanie zamówienia za około 35% jego rynkowych kosztów (rozumianych jako szacunkowa wartość zamówienia).

Analogiczną jak w przypadku PPHU Hoga argumentację odwołujący przedstawił w odniesieniu do pracowników, sprzętu transportu odpadów i materiałów oraz materiałów i utylizacji odpadów. Z powyższego wyciągnął wniosek, że wyjaśnienia MEGA-POL są głośnie i nieudowodnione, a więc powinny być ocenione przez zamawiającego jako niezłożone.

Obowiązkiem zamawiającego jest prowadzenie postępowania o udzielenie zamówienia publicznego z poszanowaniem zasad zamówień publicznych oraz w zgodzie z obowiązkami nałożonymi na niego przez ustawę.

Odwołujący podkreślił, że właściwa ocena wyjaśnień złożonych przez wykonawcę P.P.H.U. HOGA i wykonawcę MEGA-POL powinna skutkować odrzuceniem wskazanych ofert, bowiem wyjaśnienia te są ogólnikowe, niekompletne oraz nie odpowiadają wymaganiom wskazanym przez zamawiającego.

Z zarzutami omawianymi wcześniej koresponduje zarzut naruszenia art. 16 pkt 1, 2 i 3 ustawy, przez zaniechanie przeprowadzenia postępowania o udzielenie zamówienia publicznego w sposób zapewniający zachowanie uczciwej konkurencji i równe traktowanie wykonawców oraz zgodnie z zasadami proporcjonalności i przejrzystości, co polegało na pominięciu braku wiarygodnych wyjaśnień oraz dowodów, jakie nie zostały złożone przez ww. wykonawców. Skoro Zamawiający żądał złożenia dowodów wraz z wyjaśnieniami, to nie powinien premiować wykonawców, którzy takich dowodów nie dostarczyli. Takie preferencyjne traktowanie P.P.H.U. HOGA oraz MEGA-POL odbyło się bowiem z naruszeniem interesu pozostałych wykonawców, w tym odwołującego.

W dniu 6 lipca 2021 r. zamawiający poinformował o wniesieniu odwołania.

W dniu 8 lipca 2021 r. do postępowania odwoławczego po stronie zamawiającego zgłosił się wykonawca S. P. prowadzący działalność gospodarczą pod firmą Przedsiębiorstwo Produkcyjno-Handlowo-Usługowe HOGA S. P. z siedzibą w Gomulinie – Kolonia, ul. Trybunalska 9 Wskazał, że ma interes w uzyskaniu rozstrzygnięcia na korzyść zamawiającego. Zamawiający dokonał wyboru oferty przystępującego jako najkorzystniejszej w przedmiotowym postępowaniu, działając w sposób zgodny z przepisami prawa zamówień publicznych i przygotowaną przez siebie dokumentacją. Rozstrzygnięcie odwołania na korzyść odwołującego spowoduje utratę możliwości realizacji zamówienia przez przystępującego. Przystępujący wniósł o oddalenie odwołania w całości. Wskazał, że złożył ofertę rzetelną w oparciu o realnie określone koszty wykonania rozbiórki budynków gospodarczych. Jest firmą z wieloletnim doświadczeniem w zakresie wykonywania rozbiórek i wyburzeń. Posiada

wykwalfikowaną kadrę pracowniczą oraz rozbudowane zaplecze sprzętowe wraz ze specjalistycznym osprzętem do prowadzenia rozbiórek tj. koparki, koparko-ladowarki, młoty i nożyce wyburzeniowe oraz kruszarkę. Ponadto przystępujący zatrudnia pracowników zajmujących się serwisowaniem sprzętów, dzięki czemu firma nie ponosi dodatkowych kosztów związanych z wynajmem sprzętu jak również znacząco są obniżone koszty związane z bieżącym utrzymaniem i serwisowaniem oraz naprawami awarii sprzętu. Firma posiada również własne kontenery socjalne, ogrodzenia tymczasowe, leje zasypowe, rusztowania oraz samochody samowyładowcze, które obniżają koszt związany z transportem materiałów. Przystępujący dołączył do wyjaśnienia wycieszenia ceny załącznik nr 1 przedstawiający kalkulację kosztów zaproponowanej ceny z wyodrębnieniem głównych składników cenotwórczych. W załączniku zostały dokładnie opisane poszczególne ceny, które składają się na całość wycieszenia ceny. Zarzut niewspółmierności ceny do kosztów wykonania zamówienia jest gołosłowny, z uwagi na fakt, że przystępujący wymienił i opisał szczegółowo koszty niezbędne do wykonania rozbiórki budynków gospodarczych przy al. NMP 2 w Częstochowie. Posiadanie własnego sprzętu, zaplecza sanitarnego oraz własnej kadry pracowników budowlanych nie zawsze są uwzględniane w ofercie każdego wykonawcy, którzy to mogą korzystać z różnych form zaopatrzenia niejednokrotnie bardziej kosztownego, co dodatkowo generuje wzrost ceny. Przystępujący dokładnie wskazał jak poszczególne składniki cenowe pozwoliły wycenić ofertę na kwotę, która okazała się najkorzystniejsza dla zamawiającego. Odnosząc się do braku wykazania istnienia warunków przytoczonych przez przystępującego podkreślił, że oświadczył, że posiada niezbędne sprzęty ze szczegółowym jego wymienieniem. Ponadto przystępujący wykazał koszty bezpośrednie związane z zatrudnieniem pracowników. Wskazał dokładnie ilość osób, ilość godzin pracy oraz stawkę godzinową. Niewątpliwie istotną częścią składową a zarazem przykładowym elementem oferty mającym wpływ na wysokość ceny lub kosztu, które mogą wydawać się rażąco niskie, mogą w szczególności być koszty pracy. Zwrócił uwagę, że wykonawca udzielając wyjaśnień dotyczących kosztów pracy nie może wykazywać, że do ustalenia ceny oferty przyjął koszty pracy niższe od minimalnego wynagrodzenia za pracę albo minimalnej stawki godzinowej. Przystępujący w sposób wyraźny określił stawkę godzinową pracowników, przy pomocy których wykona rozbiórkę budynków. Stawka określona przez przystępującego zawiera w sobie wszelkie niezbędne koszty, które przystępujący musi ponieść w celu wykonania zamówienia. W załączniku do wyjaśnień przystępujący wskazał kwotę, która jest niezbędna do wywozu i utylizacji materiałów rozbiórkowych. P.P.H.U. "HOGA" wbrew twierdzeniom odwołującego uwzględnił również koszt wypełnienia pustek po rozebranych budynkach. Przystępujący odniósł się w sposób szczegółowy do wezwania do złożenia wyjaśnień, dokładnie sprecyzował jaką część kwoty zostanie przeznaczona na jaki cel. Zamawiający dokonał pełnej kontroli i uznał, że oferta przystępującego spełnia wszystkie wymagania.

Jako dowód powołał przesłuchanie S. P. na okoliczność rzetelnego wykonania oferty, w oparciu o prawidłowe i niezaniżone ceny składające się na całość wyceny oferty, posiadania sprzętu, wykwalifikowanych pracowników i innych niezbędnych narzędzi do wykonania rozbiórki budynków za cenę określoną w ofercie.

Celem procedury wyjaśniania wysokości ceny jest definitywne rozstrzygnięcie czy dana oferta podlega odrzuceniu. O tym, czy cena lub koszt oferty są rzeczywiście rażąco niskie, rozstrzyga zamawiający w odniesieniu do konkretnego przypadku, w oparciu o posiadane materiały, w szczególności wyjaśnienia wykonawcy i załączone przez niego dokumenty, oceniane w kontekście właściwości przedmiotu zamówienia będącego przedmiotem postępowania. W konsekwencji, należy odrzucić automatyczne przyjmowanie, że cena poniżej pewnego poziomu jest ceną rażąco niską. Stanowisko to potwierdził Sąd Okręgowy w Katowicach w wyroku z dnia 21 czerwca 2010 r. (sygn. akt XIX Ga 175/10). Powołał również wyrok TSUE z dnia 22 czerwca 1989 r. 103/88, wyr. z dnia z dnia 27 listopada 2001 r. C-285/99, wyrok z dnia 15 maja 2008 r. C-147/06, z dnia 29 marca 2012 r. C-599/10).

Twierdzenia Odwołującego są bezpodstawne. Każdy z zarzutów poczynionych przez odwołującego nie znajduje odzwierciedlenia w rzeczywistości. Przystępujący rzetelnie sporządził ofertę opartą o prawdziwe i uczciwe ceny oraz o faktyczny i niezbędny czas, a także zasoby do wykonania zamówienia. Zgłoszenie zostało wniesione przez pełnomocnika działającego na podstawie pełnomocnictwa z dnia 7 lipca 2021 r. udzielonego przez właściciela firmy. Do zgłoszenia dołączono dowody przekazania kopii zgłoszenia stronom.

W dniu 29 lipca 2021 r. zamawiający złożył odpowiedź na odwołanie wnosząc o:

1) oddalenie odwołania,

2) zasądzenie od odwołującego na rzecz zamawiającego kosztów postępowania odwoławczego.

Zdaniem zamawiającego, podniesione przez odwołującego zarzuty oraz ich uzasadnienie nie zasługują na uwzględnienie. W przedmiotowym postępowaniu o udzielenie zamówienia publicznego nie doszło do naruszenia przepisów ustawy, które miało wpływ lub może mieć istotny wpływ na wynik postępowania. Zamawiający nie uznając odwołania, zakwestionował w całości twierdzenia odwołującego.

Odnosząc się do zarzutu I - naruszenia art. 226 ust. 1 pkt 8) ustawy i art. 224 ust. 6 ustawy w zw. z art. 16 pkt 1, 2 i 3 pzp poprzez zaniechanie odrzucenia ofert Wykonawców HOGA i MEGA-POL jako ofert zawierających rażąco niskie ceny, zamawiający stoi na stanowisku, że wyżej wymienieni wykonawcy prawidłowo wyjaśnili zaproponowane przez siebie ceny, a zamawiający dokonał ich prawidłowej oceny,

Wskazał, że w odpowiedzi na wystosowane przez zamawiającego wezwanie do wyjaśnienia zaproponowanej w ofercie ceny, wykonawca — HOGA pismem dat. 17.06.21 r. złożył szczegółowe wyjaśnienia wraz z kalkulacją kosztów zaproponowanej ceny z wyodrębnieniem głównych składników cenotwórczych. Wykonawca wskazał na czynniki wpływające w jego przypadku na możliwość obniżenia ceny, takie jak m. in, własne zaplecze sprzętowe, kontenery socjalne jako zaplecze dla pracowników, ogrodzenia tymczasowe.

Powołał się na umowy ramowe z firmami zajmującymi się odbiorem i utylizacją odpadów, niekwalifikujących się do odzysku.

Zamawiający podkreślił, że wykonawca HOGA działa na rynku od 2003 r., a głównym profilem jego działalności jest według wpisu do CEIDG rozbiórka i burzenie obiektów budowlanych.

Wykonawca ujął w kosztach zamówienia zarówno pracę pracowników fizycznych (wskazał stawkę za robociznogodzinę), jak i pracę sprzętu, wywóz i utylizację materiałów porzobiórkowych, uporządkowanie terenu i inne konieczne do poniesienia koszty. Wskazał także na możliwy do wypracowania zysk. Wykonawca powołał się na posiadane zaplecze sprzętowe wraz ze specjalistycznym osprzętem do prowadzenia rozbiórek. We własnym zakresie zajmuje się serwisowaniem tego sprzętu, co z pewnością powoduje oszczędności. Oszczędnością jest zatem brak konieczności wynajmu sprzętu oraz transportu materiałów porzobiórkowych. Dodatkowo firma posiada własne kontenery socjalne, co pozwala zaoszczędzić na organizacji noclegów. Są to niewątpliwie znaczące czynniki wpływające na obniżenie kosztów realizacji zamówienia.

Oświadczenia Wykonawcy HOGA były w pełni wystarczające dla celu, któremu miały służyć, co należy odnieść do

specyfiki przedmiotu zamówienia. Wyjaśnienia nie budziły wątpliwości zamawiającego. Zamawiający kierując się swoim własnym doświadczeniem w przeprowadzanych postępowaniach na roboty budowlane, w tym rozbiórkowe oraz wiedzą swoich pracowników — specjalistów w tej dziedzinie nie miał podstaw do odrzucenia oferty wykonawcy z uwagi na rażąco niską cenę.

Co do szczegółowo opisanych w odwołaniu zastrzeżeń, które wobec treści zarzutów odwołującego budzą jego wątpliwości, biorąc pod uwagę ciężar dowodowy w zakresie wykazania, że złożona w postępowaniu oferta nie zawiera rażąco niskiej ceny — zamawiający przyłączył się do wniosku przystępującego — o dopuszczenie dowodu z przesłuchanie S. P., dla wykazania braku zaistnienia przesłanek rażąco niskiej ceny w jego ofercie.

Analogiczne wezwanie do wyjaśnienia zaproponowanej w ofercie ceny, zamawiający skierował do wykonawcy — MEGA-POL, który pismem dat. 17.06.21 r, udzielił wyjaśnień załączając dowody na potwierdzenie swoich oświadczeń. Wskazał m. in., że prace planuje wykonać sposobem mechanicznym, co ograniczy ilość zatrudnionych osób, podkreślił bliskość siedziby firmy do miejsca wykonania robót co wpłynie na brak konieczności ponoszenia kosztów związanych z oddelegowaniem pracowników oraz ich noclegiem, wyjaśnił że część materiałów z rozbiórki planuje odzyskać, a część własnym staraniem wywiezie i podda utylizacji. Na potwierdzenie swoich twierdzeń Wykonawca złożył stosowne dowody z dokumentów. Zamawiający dokonał właściwej oceny złożonych przez wyżej wymienionych wykonawców wyjaśnień i prawidłowo uznał, że brak jest podstaw do odrzucenia ich ofert. Przypomniał, że pojęcie rażąco niskiej ceny w ustawie nie zostało zdefiniowane. Przyjmuje się w orzecznictwie i doktrynie, że za rażąco niską uważa się cenę nierealistyczną, niewiarygodną w porównaniu do cen rynkowych podobnych zamówień. Zamawiający dokonując oceny wyjaśnień złożonych przez firmy HOGA oraz MEGA-POL bazował na dużym doświadczeniu jako inwestora w zamówieniach dotyczących robót budowlanych, w tym rozbiórkowych (tak w zakresie nieruchomości własnych, jak i całego mieszkaniowego zasobu komunalnego Gminy Miasta Częstochowy, którego jest zarządcą i administratorem) oraz specjalistycznej wiedzy swoich pracowników — inspektorów nadzoru.

Biorąc pod uwagę powyższe argumenty, za niezasadny zamawiający uznał także zarzut II odwołania — naruszenia art. 239 ust. 1 ustawy przez dokonanie wyboru oferty wykonawcy HOGA jako najkorzystniejszej. Jak wykazano wyżej, dokonane przez zamawiającego czynności oceny wyjaśnień co do zaoferowanych cen była prawidłowa i kompleksowa, a zatem nie doszło do naruszenia powołanego przez odwołującego przepisu. W konsekwencji, także czynność wyboru najkorzystniejszej oferty w ocenie zamawiającego należy uznać za prawidłową.

Izba ustaliła następujący stan faktyczny:

Izba dopuściła dowody z dokumentacji postępowania tj. informacji z otwarcia ofert wezwań skierowanych do wykonawców MEGA-POL i HOGA w zakresie wyjaśnień zaoferowanej ceny i udzielonych odpowiedzi.

Na podstawie tych dowodów Izba ustaliła, co następuje:

Zamawiający podał, że zamierza przeznaczyć na sfinansowanie zamówienia kwotę 230 928,44zł. i otrzymał następujące oferty:

Odwolującego z ceną 227 550zł.

Mega-Pol z ceną 92 250zł.,

Hoga z ceną 81 180zł

ZK s.c. z ceną 290 250zł.

Zamawiający w dniu 15 czerwca 2021 r. wezwał wykonawców Mega-Pol i Hoga w związku z tym, że cena całkowita ofert jest niższa o co najmniej 30% od wartości zamówienia powiększonej o należny podatek od towarów i usług, ustalonej przed wszczęciem postępowania i średniej arytmetycznej cen wszystkich złożonych ofert niepodlegających odrzuceniu na podstawie art. 226 ust. 1 pkt 1 i 10 ustawy z dnia 11 września 2019 r. Prawo zamówień publicznych (Dz.U. z 2019 r. z późn. zm.), wzywał o udzielenie wyjaśnień rażąco niskiej ceny wykazanej w ofercie w stosunku do przedmiotu zamówienia w tym złożenie dowodów, dotyczących wyliczenia ceny, w szczególności w zakresie:

- 1)zarządzania procesem produkcji, świadczonych usług lub metody budowy;
- 2)wybranych rozwiązań technicznych, wyjątkowo korzystnych warunków dostaw, usług albo związanych z realizacją robót budowlanych;
- 3)oryginalności dostaw, usług lub robót budowlanych oferowanych przez wykonawcę;
- 4)zgodności z przepisami dotyczącymi kosztów pracy, których wartość przyjęta do ustalenia ceny nie może być niższa od minimalnego wynagrodzenia za pracę albo minimalnej stawki godzinowego, ustalonych na podstawie przepisów ustawy z dnia 10 października 2002 r. o minimalnym wynagrodzeniu za pracę (Dz. U. z 2018 r. poz. 2177 oraz z 2019 r. poz. 1564) lub przepisów odrębnych właściwych dla spraw, z którymi związane jest realizowane zamówienie;
- 5)zgodności z prawem w rozumieniu przepisów o postępowaniu w sprawach dotyczących pomocy publicznej;
- 6)zgodności z przepisami z zakresu prawa pracy i zabezpieczenia społecznego, obowiązującymi w miejscu, w którym realizowane jest zamówienie;
- 7)zgodności z przepisami dotyczącymi z zakresu ochrony środowiska;
- 8)wypełniania obowiązków związanych z powierzaniem wykonania części zamówienia podwykonawcy.

Jednocześnie poinformował, że zgodnie z art. 224 ust. 5 ustawy z dnia 11 września 2019 r. - Prawo zamówień publicznych (Dz.U. z 2019 r. z późn. zm.) obowiązek wykazania, że oferta nie zawiera rażąco niskiej ceny spoczywa na Wykonawcy, a na podstawie art. 224 ust. 6 ustawy z dnia 11 września 2019 r. - Prawo zamówień publicznych (Dz.U. z 2019 r. z późn. zm.) oferta wykonawcy podlega odrzuceniu, jako oferta z rażąco niską ceną, jeżeli wykonawca nie udzielił wyjaśnień w wyznaczonym terminie, lub jeżeli złożone wyjaśnienia wraz z dowodami nie uzasadniają podanej w ofercie ceny.

W dniu 17 czerwca 2021 r. wykonawca Mega-Pol wyjaśnił:

Zaoferowany niski koszt wykonania zamówienia wynika z minimalizowania kosztów związanych z wykonaniem przedmiotu zamówienia.

Firma Z.U.H. „MEGA-POL” D. P., w związku z realizacją zamówienia poniesie koszt robocizny, koszt utylizacji papy oraz materiałów izolacyjnych. Wycena oparta jest na indywidualnych kalkulacjach, ze względu na brak wymogu załączenia kosztorysu ofertowego opartego na wykazie nakładów rzeczowych KNNR.

Realizację zamówienia wykona sposobem mechanicznym, co ograniczy ilość zatrudnionych pracowników. Z uwagi na siedzibę blisko miejsca wykonania zamówienia firma Z.U.H. „MEGA-POL” D. P., nie będzie ponosiła kosztów oddelegowania pracowników i opłat za noclegi. Oszczędność kosztów będzie wynikała z wykonywania kilku zadań inwestycyjnych jednocześnie. Koszty pracy nie będą niższe niż minimalne wynagrodzenie za pracę ustalone na podstawie art.2 ust.3-5 ustawy z dnia 10 października 2002r. o minimalnym wynagrodzeniu za pracę (Dz.U.Nr 200, poz. 1679, z późn.zm).

Wszyscy pracownicy Z.U.H. „MEGA-POL” D. P. są zatrudnieni na umowę o pracę, w związku z tym jest zobligowany do

przestrzegania i stosowania przepisów dotyczących prawa pracy oraz płacy minimalnej.

Firma Z.U.H. „MEGA-POL” D. P. posiada pozwolenia na transport, zbieranie i wytworzenie odpadów. Pozyskany gruz drewno oraz stal uzyskana z segregacji konstrukcji żelbetowych planuje odzyskać. Dodatkowo będzie to podnosiło wartość wykonywanej usługi, gdyż gruz po recyklingu, sprzedawany w postaci kruszywa.

Użycie samochodów, maszyn i sprzętu, które są własnością firmy Z.U.H. „MEGA-POL” D. P., również będzie sprzyjać niższym kosztom. Jedyne koszty związane z użyciem samochodów, maszyn i sprzętu, to amortyzacja oraz koszty jego eksploatacji.

Gwarantuje wykonanie przedmiotu zamówienia zgodnie z przepisami prawa o ochronie środowiska oraz przepisami prawa budowlanego.

Do wyjaśnień dołączył decyzję OŚ.6233.28.2014.VIIa.o1.16 z dnia 7 kwietnia 2014r. zezwalającą na transport odpadów niebezpiecznych i innych niż niebezpieczne.

Dołączył również decyzję 2018/OS/2010 zatwierdzającą Mega-Pol program gospodarki odpadami powstającymi w związku z prowadzeniem działalności w zakresie budowy, rozbiórki obiektów budowlanych, decyzję OŚ.6233.27.2014.VIIa.o1.15 z dnia 28 kwietnia 2014 r. zezwalającą na zbieranie odpadów. Mega-Pol przedstawił również:

Zestawienie samochodów, maszyn i sprzętu Z.U.H. „MEGA-POL” D. P.

W którym podał posiadane:

Samochody ciężarowe

Volvo SCZ82465 (białe), Volvo SCZ...02, Scania SCZ...09, Volvo SCZ...25, Scania SCZ...67, Scania SCZ...44 (czarna), Scania SCZ...09 (czarna), Scania SCZ...84, KamazKamaz SCZ...81, KamazSCZ7...3, Renault 27...21, Renault /magazyn/

Wozidło Benford, Wozidło BELL B30D 2008 (1), Wozidło BELL B30D 2007 (2), Wozidło BELL (3) nowe,

Naczepy i przyczepy

Naczepa wywrotka INTRER CARS S.C...14, Naczepa Goldhofer S.C...32, Naczepa INTER CARS NW SCZ. Przyczepa WIELTON PHC-18S.C...64, Naczepa SAM S.C...RA, Przyczepa S.C...RU (kempingowa), Przyczep SAURE SCZ...3 (kempingowa), Przyczepa TEC (kempingowa) SCZ...4, Naczepa INTER CARS SCZ...5,

Maszyny i sprzęt

Kruszarka Sandvik QJ240, Krusarka Powerscreen XR400S (2010), Walec HAMM H13ix (1), Walec HAMM H13ix (2) Walec HAMM H13ix (3), Walec Stavostoj VP200 (nr fabr. 619, rok 1989),

Koparki

Koparka Komatsu PW180, Minikoparka CAT 302.7D (2), Minikoparka CAT 302.7D (1), Koparka CAT 325D L Spych CAT D6K2, Koparka Volvo EC290CL, Koparka Volvo EC300 (2) 311713, Koparka Volvo EC300 EL (1) 311307, Koparka Volvo EC290NL, Koparka Volvo EC290, Koparka Volvo EW160, Koparka Volvo EC300EL (3), Koparka Fuchs MHL340, Koparka Hyundai 320, Koparka Hyundai 250, Ładowarka Komatsu-Hanomag, Ładowarka Hanomag c55, Ładowarka Poclain, Ładowarka Komatsu WA380-6 nr ser H60952 (2011), Ładowarka Volvo L30G (3126511), Koparka Volvo EC300EL (4) 314125, Koparka Volvo EC300EL (5) 314321, Koparka Volvo EC300EL (6) 314373, Koparka Volvo EW160E (2) 323387

Oprządkowanie

Chwytnik MG 2300 EPIROC, Chwytnik Hydraram HGD-2F, Magnes hydrauliczny EPIROC HM2000F, Młot ATLAS COPCO EC155CL, Młot hydrauliczny EPIROC EC155CL, Młot INDECO HP4000 (1), Młot INDECO HP4000 (2), Młot Atlas Cc SB 202, Nożyce kruszące ATLAS COPCO BP3050, Nożyce wyburzeniowe ATLAS COPCO BP3050, Nożyce kruszące ATLAS COPCO DP2800, Nożyce MANTOVANIBENNE SH310R, Nożyce wyburzeniowe ATLAS COPCO BP3050, Nożyce wyburzeniowe ATLAS COPCO CC3300U, Kruszer EPIROC BP3050 /DEQ199467, Kruszer EPIROC BP3050 /DEQ199459, Kruszer EPIROC DP2800 /DEQ199355, Kruszer EPIROC DP2800 /DEQ199500, Młot Epiroc 155CL /DEQ191995, Młot Epiroc 155CL /DEQ192056, Młot Epiroc 155CL /DEQ191384, Młot Epiroc 155CL /DEQ192055

Podest ruchomy JLG510AJ, Ubijak wibracyjny WACKER NEUSON BS60-A4s, Zagęszczarka WACKER NEUSON C 3750 HETS, Zagęszczarka WACKER NEUSON DPU 5545 HEHAP

Zagęszczarka WACKER NEUSON DPU 6555 HEH, Głębogryzarka Texas, Zakrętarka kolejowa + klucz spalinowy, Dron DJI Phantom 4 Pro, Agregat prądowórczy, Agregat prądowórczy mały, Agregat prądowórczy duży, Agregat Honda, Niwelator laserowy, Zagęszczarka Honda, Waga 82b plus, Waga samochodowa

W dniu 17 czerwca 2021 r. swoje wyjaśnienia przedstawił wykonawca Hoga oświadczając, że zaproponowana cena zawiera wszystkie koszty związane z realizacją przedmiotowego zadania.

Jest firmą z wieloletnim doświadczeniem w zakresie wykonywania rozbiórek i wyburzeń, co potwierdzają posiadane przez firmę referencje i oświadczenia Inwestorów z którymi współpracowaliśmy. Dzięki temu posiada wykwalifikowaną kadrę pracowniczą, co pozwala szybko i profesjonalnie wykonać powierzone zadania zachowując przy tym wysokie standardy bezpieczeństwa. Zaznaczył, że wszyscy pracownicy są zatrudnieni legalnie i firma odprowadza ustawowe składki. Wynagrodzenie pracowników jest wyższe od minimalnego wynagrodzenia ustalonego w ustawie o wynagrodzeniu.

Nie bez znaczenia jest fakt, iż posiada własne rozbudowane zaplecze sprzętowe wraz ze specjalistycznym osprzętem do prowadzenia rozbiórek tj. koparki, koparko- ładowarki, młoty i nożyce wyburzeniowe oraz kruszarkę. Zatrudnia pracowników zajmujących się serwisowaniem sprzętu. Dzięki temu nie ponosi kosztów związanych z wynajmem sprzętu jak i również znacząco obniża koszty związane z bieżącym utrzymaniem, serwisowaniem i naprawami awaryjnymi sprzętu. Ponadto posiada własne samochody samowyładowcze, co pozwala na znaczące obniżenie kosztów związanych z transportem materiałów oraz sprzętu.

Firma posiada również własne kontenery socjalne, ogrodzenia tymczasowe oraz leje zsypowe, rusztowania i sprzęt niezbędny do wykonywania prac towarzyszących, co również powoduje znaczące obniżenie kosztów realizacji przedsięwzięć, ze względu na brak konieczności ich wynajmu. Wieloletnia obecność na rynku zaowocowała w postaci współpracy z firmami zajmującymi się odbiorem i utylizacją odpadów (niekwalifikujących się do odzysku), z którymi ma podpisane umowy ramowe. Dzięki temu uzyskał bardzo korzystne stawki odbioru i utylizacji materiałów. Zapewnia, iż firmy z którymi współpracuje działają legalnie i w sposób profesjonalny oraz zgodny z prawem utylizują przekazane im materiały, co jest każdorazowo dokumentowane. Analogicznie sytuacja ma się do zakupu i dostaw materiałów budowlanych, gdzie przy wieloletniej współpracy jest w stanie wynegocjować korzystne ceny materiałów, a z uwagi na wieloletnią dobrą współpracę nie ma problemu z czasem oczekiwania na dostawę, co ma duży wpływ na prowadzenie frontu robót i nie powoduje przestojów, jednocześnie nie generując dodatkowych kosztów.

Jest małym, lokalnym Przedsiębiorcą i nie posiada rozbudowanej administracji, co pozwala utrzymać koszty pośrednie na niskim poziomie.

W związku z powyższym zapewnił, iż firma jest w stanie zrealizować usługę w sposób rzetelny i terminowy za cenę podaną w ofercie.

Ponieważ zamawiający nie wymagał załączenia kosztorysów do oferty w dalszej części wyjaśnienia (załącznik nr 1) przedstawił kalkulację kosztów zaproponowanej ceny z wyodrębnieniem głównych składników cenotwórczych .

ZAŁĄCZNIK NR 1

Budynki gospodarcze przy al. NMP 2

Prace przygotowawcze i rozbiórkowe wraz z wywozem i utylizacją materiałów porozbiórkowych

1Pracownicy fizyczni- robocizna 14 dni x 4 osoby x 8 godz. x 34,00 zł =15 232,00 zł

2Praca sprzętu — koparka kołowa z młotem wyburzeniowym, nożycami do wyburzeń i łyżkami 10dni x 8 godz. x 100,00 zł =8 000,00zł

3wywóz i utylizacja materiałów rozbiórkowych- gruz - 16 966,00 zł

4wywóz i utylizacja materiałów rozbiórkowych- papa - 7 557,00 zł

5wywóz i utylizacja materiałów rozbiórkowych- odpady zmieszane - 1 360,00 zł

6uzupełnienie ścian, zamurowanie otworów - materiały z rozbiórki - 2 340,00 zł

7obróbki z blachy stalowej ocynkowanej - 920,00 zł

8zasypywanie wykopów, niwelacja i uporządkowanie terenu - 1 875,00 zł

koszty inne

9inwentaryzacja geodezyjna - 850,00 zł

10KOSZTY DODATKOWE: transport sprzętu, organizacja zaplecza, zabezpieczenie budowy, ogrodzenia dokumentacja, inne - 4 900,00 zł

RAZEM: 60 000,00zł

ZYSK: 6 000,00 zł

NETTO -RAZEM + ZYSK: 66 000,00 zł

Vat - 15 180,00 zł

BRUTTO - 81 180,00 zł

Izba ustaliła również na podstawie podmiotowych środków dowodowych złożonych przez wykonawcę Hoga, że:

- w wykazu doświadczenia wynika, że wykonawca wykazał trzy doświadczenia w pracach rozbiórkowych na rzecz 31 WOG w Zgierz, które wszystkie zostały wykonane w roku 2018,

- z wykazu osób wynika, że kierownikiem robót będzie T. K., którego Hoga zatrudnia na podstawie umowy zlecenia,

- w polisy ubezpieczeniowej wynika, że Hoga ubezpieczył działalność polegającą na rozbiórce i burzeniu obiektów budowlanych, robotach związanych z budową dróg i autostrad, przygotowaniem terenu pod budowę i działalność usługową związaną z zagospodarowaniem terenów zieloni w wariancie standard za składkę wysokości 3 377zł.

Dowody przedłożone przez zamawiającego:

- informacja z otwarcia ofert w postępowaniu na „Rozbiórkę budynku mieszkalnego wielorodzinnego przy ul. Krótkiej 5 w Częstochowie (...)", z której wynika, że w postępowaniu prowadzonym w październiku 2020r. zamawiający przeznaczył na sfinansowanie zamówienia 172 200zł. oraz złożono 9 ofert z cenami od 83 640zł. – firma Mega-Pol do 399 750 zł. – firma Eko Grand R.ł K., z informacji o wyniku tego postępowania wynika, że zamawiający wybrał firmę Mega-Pol, z protokołu odbioru wykonanych robót wynika, że firma Mega-Pol wykonała roboty zgodnie z zawartą umową, a komisja odbiorowa nie stwierdziła uwag do wykonanych prac,

- informacja z otwarcia ofert w postępowaniu na „Rozbiórkę budynku mieszkalnego wielorodzinnego przy ul. Krakowskiej 67/69 w Częstochowie (...)", z której wynika, że w postępowaniu prowadzonym w listopadzie 2020 r. zamawiający przeznaczył na sfinansowanie zamówienia kwotę 309 037,50zł. brutto, złożono 11 ofert z cenami od 89 544zł. – Bakamax sp. z o.o. do 738 000 zł. Eko Grand R. K., z informacji o wyniku tego postępowania wynika, że zamawiający wybrał firmę Bakamax, z protokołu odbioru wykonanych robót wynika, że wykonano robót na kwotę 72 800 zł netto, a jakość wykonanych robót oceniono jako dobrą.

Ocena materiału dowodowego zgromadzonego przez Izbę:

Izba ustaliła, że wykonawca Hoga podał, że jest firmą z wieloletnim doświadczeniem w zakresie wykonywania rozbiórek i wyburzeń. Zamawiający wskazał, że ocenił tę informację na podstawie danych zawartych w CEIDG oraz w wykazie doświadczenia. Izba oceniła, że z CEIDG nie wynika informacja, czy przez cały czas prowadzenia działalności gospodarczej wykonawca Hoga wykonywał rozbiórki budynków. Dane z CEIDG pozwalają ustalić jedynie rozpoczęcie działalności gospodarczej i jej ewentualne zawieszenia, ale nie zawierają informacji, o nabywanym doświadczeniu. Tym samym Izba oceniła, że zamawiający na podstawie tego dokumentu nie mógł zweryfikować informacji wykonawcy Hoga, o posiadanym doświadczeniu. Z kolei z wykazu doświadczenia wynikają trzy doświadczenia wykonawcy Hoga w wyburzaniu ale wszystkie wykonano w 2018 r., co również nie daje podstaw do zweryfikowania oświadczenia wykonawcy Hoga o wieloletnim doświadczeniu w wykonywaniu rozbiórek i wyburzeń. Tym samym Izba oceniła, że wykonawca Hoga nie wykazał, że okoliczność mająca świadczyć o możliwości zaoferowania korzystnej ceny rzeczywiście zaistniała. Zwłaszcza, że wykonawca Hoga sam oświadczył, że posiada referencje i oświadczenia inwestorów, których jednak do wyjaśnień nie załączył. Wykonawca Hoga wskazał, że posiada wykwalifikowaną kadrę i pracowników zatrudnia legalnie z wynagrodzeniem wyższym od minimalnego ustalonego w ustawie. Jednocześnie wykonawca Hoga złożył wykaz osób, z których wynika jedynie, że dysponuje kierownikiem robót zatrudnionym na umowę zlecenia, a więc nie będącego pracownikiem wykonawcy w rozumieniu prawa pracy. Z kolei z przedstawionej kalkulacji wynika, że wykonawca Hoga wycenił pracochłonność dla 4 osób z jednakową stawką 34zł. za godzinę, co wprawdzie jest stawką powyżej minimalnego wynagrodzenie za pracę, jednak rodzi wątpliwości, co do realności stawki dla kierownika robót, przy wskazaniu, że wszyscy czterej pracownicy są wynagradzani jedną stawką. Wykonawca Hoga powołał się na zaplecze sprzętowe: koparki, koparko-ladowarki – młoty, nożyce wyburzeniowe, kruszarkę i samochody samowyladowcze i wycenił pracę koparki z młotem wyburzeniowym, nożycami i łyżkami na 100zł. za godzinę, tym samym nie przedstawił kosztów pozostałego zaplecza sprzętowego, które zadeklarował, nadto nie wykazał, że podany przez niego koszt 100zł/h pokrywa koszty pracy tego sprzętu, w tym koszty paliwa. Wykonawca Hoga powołał fakt posiadania kontenerów socjalnych, jednak nie udowodnił tej okoliczności. Wykonawca Hoga wskazał na umowy ramowe z firmami zajmującymi się odbiorem i utylizacją odpadów – jednak umów takowych do wyjaśnień nie dołączył, zaś przedstawiona kalkulacja poza rozbiorem ceny na trzy rodzaje odpadów: papę, gruz i odpady zmieszane nie przedstawia żadnych założeń kalkulacyjnych pozwalających zweryfikować realność wskazanych kosztów. Wykonawca Hoga nie przedstawił ani zakładanych ilości wywożonych i utylizowanych materiałów rozbiórkowych, ani kosztu jednostkowego przyjętego dla danego materiału rozbiórkowego na podstawie posiadanych umów, tym samym nie można było ustalić, czy podane koszty wliczono w odniesieniu do ilości rzeczywiście mogących wystąpić odpadów i czy rzeczywiście kalkulowana

cena umowy ramowej jest tak korzystna, że pozwala na zaoferowanie wskazanej ceny. Wykonawca Hoga nie wykazał także kosztów obsługi geodezyjnej, wycenionej przez niego na 850zł., zaś w kosztach dodatkowych umieścił transport sprzętu, organizację zaplecza, zabezpieczenie budowy, dokumentację i inne na kwotę 4 900zł., przy czym Izba wzięła pod uwagę, że w pojęciu inne mieści się ubezpieczenie. Wykonawca Hoga przedstawił w ramach podmiotowych środków dowodowych umowę ubezpieczenia ze składką 3 377zł., nie wyjaśnił jednak jaką część tej składki czy też całość kalkulował w swojej ofercie. Biorąc to pod uwagę Izba oceniła, że złożone przez wykonawcę Hoga wyjaśnienia nie pozwalają na ocenę, czy wykonawca jest w stanie wykonać za zaoferowaną cenę przedmiot zamówienia i czy rzeczywiście wykonawca jest w stanie osiągnąć zysk na poziomie 6000zł.

Izba ustaliła, że wykonawca Mega-Pol wskazał, że poniesie koszt robocizny, koszt utylizacji papy i materiałów izolacyjnych, jednak kosztów tych nie wyliczył, stąd nie możliwe jest ustalenie, czy koszty te mieszczą się w zaoferowanej cenie. Wykonawca przedstawił decyzję na wytwarzanie, zbieranie i transport odpadów, jednak brak kalkulacji kosztów utylizacji papy i materiałów izolacyjnych uniemożliwia ocenę realności przedstawionej oferty. Wykonawca powołał się na wykonywanie zamówienia metodą zmechanizowaną, jednak nie przedstawił informacji, jaki sprzęt zamierza przeznaczyć do wykonania przedmiotowego zamówienia, ani jakie są koszty transportu tego sprzętu na miejsce rozbiórki oraz jakie są koszty pracy tego sprzętu, oraz koszty pracy operatora lub operatorów sprzętu, a także do ilu pracowników dzięki zastosowaniu tego sprzętu wykonawca jest się w stanie ograniczyć, przy założeniu, że zamawiający wymagał co najmniej kierownika robót. Wykonawca Mega-Pol powołał się na bliskość siedziby od miejsca samochodów, maszyn i sprzętu i załączył wykaz posiadanych samochodów, maszyn i sprzętu. Izba oceniła, że wykaz ten może być dowodem na posiadanie tych urządzeń, jednak z wyjaśnień nie wynika, które z posiadanych urządzeń jest przeznaczone do realizacji przedmiotowego zamówienia i jakie wykonawca skalkulował koszty jego zużycia. Tym samym załączony wykaz nie służy wykazaniu realności zaoferowanej ceny. Izba ustaliła zatem, że wykonawca Mega-Pol nie wykazał, że jego oferta nie zawiera ceny rażąco niskiej.

Izba ustaliła, że zamawiający prowadzi postępowania na podobny przedmiot zamówienia i występują w nich duże wahania cenowe, jednak Izba oceniła te dowody wyłącznie jako dowodzące, że o zamówienia na rozbiórki ubiega się większa niż przeciętnie liczba wykonawców i ich ceny są mocno zróżnicowane, jednak nie stanowią one dowodu, że wykonawcy Hoga i Mega-Pol realnie wycenili swoje oferty w tym postępowaniu, zwłaszcza, że Izba wzięła pod uwagę, że ceny poniżej 100 tysięcy złotych w obu tych postępowaniach były ofertami pojedynczymi, a zdecydowana większość ofert w obu przypadkach deklarowała rząd wielkości w przypadku ul. Krakowskiej w okolicach 300 tys. złotych, a więc wyszacowanej przez zamawiającego wartości, a w przypadku ul. Krótkiej w okolicach 230 tys. zł. a więc powyżej szacunków zamawiającego. Tym samym z przedstawionego dowodu można wywieść wrażenie, że ceny ofert w zamówieniach rozbiórkowych poniżej 100 tys. złotych występują incydentalnie i nie stanowią normy rynkowej, choć możliwe jest wykonanie zamówienia za te kwoty. Zamawiający nie zdecydował się dowodzić, że powszechnym zjawiskiem w zamówieniach rozbiórkowych jest przedstawianie wyjaśnień na podobnym jak w przedmiotowym zamówieniu poziomie szczegółowości i z podobnym zakresem dowodowym.

Izba ustaliła także, że przystępujący Hoga na rozprawie nie podtrzymał wniosku o przesłuchanie S. P. .

Izba zważyła, co następuje:

Izba stwierdziła, że zgłoszone przystąpienie spełnia wymogi formalne określone w art. 525 ust. 1 – 3 ustawy.

Izba nie dopatrzyła się okoliczności, które mogłyby skutkować odrzuceniem odwołania na podstawie art. 528 ustawy.

Izba oceniła, że odwołujący wykazał przesłankę materialnoprawną dopuszczalności odwołania, o której mowa w art. 505 ust. 1 ustawy.

Zarzut naruszenia przez zamawiającego art. 226 ust. 1 pkt 8) ustawy i art. 224 ust. 6 ustawy w zw. z art. 16 pkt 1, 2 i 3 ustawy, przez zaniechanie odrzucenia ofert wykonawców: P.P.H.U. HOGA oraz MEGA-POL jako ofert zawierających rażąco niskie ceny, podczas gdy treść udzielonych przez ww. wykonawców wyjaśnień potwierdza, że oferty zawierają rażąco niskie ceny z przyczyn wskazanych w uzasadnieniu niniejszego odwołania w wyniku czego doszło do zaniechania przeprowadzenia postępowania o udzielenie zamówienia w sposób zapewniający zachowanie uczciwej konkurencji i równe traktowanie wykonawców oraz zgodnie z zasadami proporcjonalności i przejrzystości

Zarzut zasługuje na uwzględnienie. Przede wszystkim Izba zwraca uwagę na obecne brzmienie art. 224 ust. 6 ustawy, który z mocy art. 266 ustawy do postępowań poniżej progów unijnych stosuje się wprost. Zgodnie ze wskazanym przepisem Odrzuceniu, jako oferta z rażąco niską ceną lub kosztem, podlega oferta wykonawcy, który nie udzielił wyjaśnień w wyznaczonym terminie, lub jeżeli złożone wyjaśnienia wraz z dowodami nie uzasadniają podanej w ofercie ceny lub kosztu. Przepis ten w ocenie Izby znacząco odmiennie reguluje kwestię odrzucenia oferty niż obowiązujący w uprzednim stanie prawnym art. 90 ust. 3, który nakazywał odrzucenie oferty, jeżeli dokonana ocena wyjaśnień wraz z dowodami potwierdza, że oferta zawiera rażąco niską cenę lub koszt w stosunku do przedmiotu zamówienia. W uprzednim stanie prawnym zatem zamawiający chcąc odrzucić ofertę na podstawie art. 90 ust. 3 ustawy musiał poczynić tak ścisłe ustalenia, aby być w stanie wykazać wykonawcy, że z jego wyjaśnień i dowodów wynika, że zaoferowana cena jest rażąco niska, natomiast obecnie zamawiający ma dokonać oceny, czy wyjaśnienia i dowody uzasadniają podaną cenę lub koszt i może odrzucić ofertę jeśli jest w stanie wykazać za na podstawie udzielonych wyjaśnień i dowodów nie był w stanie uznać ceny lub kosztu za uzasadniony. Tym samym w ocenie Izby nowelizacja wzmocniła znaczenie wyjaśnień konkretnych, odnoszących się do elementów kalkulacyjnych oferty i udowodnionych i podkreśliła ciężar dowodowy spoczywający na wykonawcy, którego cena jest poddawana w wątpliwość. Tym samym rację należy przyznać odwołującemu, że poprzestanie na twierdzeniach lub złożenie wyjaśnień niepopartych dowodami w obecnym stanie prawnym naraża wykonawcę na ryzyko, że zamawiający uzna te wyjaśnienia jako niewystarczające dla uzasadnienia ceny. Izba zwraca uwagę również na to, że wezwanie z art. 224 ust. 2 pkt. 1 ustawy nie ma charakteru bezwzględnie – zamawiający może zdecydować o odstąpieniu od obowiązku wzywania w sytuacji, gdy rozbieżność wynika z okoliczności oczywistych, które nie wymagają wyjaśnienia. Tym samym podkreślanie przez zamawiającego na rozprawie, że wezwanie skierował nie z uwagi na własne wątpliwości, ale na oblig ustawowy, nie ma znaczenia dla oceny czy zamawiający należycie wywiązał się z obowiązku oceny złożonych wyjaśnień. Zamawiający mógł bowiem na podstawie swojego doświadczenia, które dowodził na rozprawie wyciągiem z dokumentów z postępowań wcześniejszych, uznać że oczywistą praktyką rynkową jest oferowanie bardzo różnych cen w postępowaniach dotyczących rozbiórek. Mimo że zamawiający na takie doświadczenie się powoływał na rozprawie, zamawiający jednak

nie uznał, że rozbieżności w ofercie Hoga i Mega-Pol względem wartości zamówienia i średniej arytmetycznej złożonych ofert, wynikają z okoliczności oczywistych. Izba nie podziela również przekonania zamawiającego, że skoro przytoczył treść art. 224 ust. 3 ustawy w wezwaniu to wezwaniu, to miało charakter ogólny uprawniający wykonawców do złożenia dowolnych wyjaśnień. Zamawiający pomija treść art. 224 ust. 4 ustawy, z którego wynika, że zakres wezwania z art. 224 ust. 3 ustawy jest zakresem szczegółowym, a zamawiający w przypadku robót budowlanych lub usług może zakres wezwania ograniczyć jedynie do wyjaśnień w zakresie zgodności z przepisami dotyczącymi kosztów pracy – art. 224 ust. 3 pkt 4 i zgodności z przepisami z zakresu prawa pracy i zabezpieczenia społecznego, obowiązującymi w miejscu, gdzie realizowane jest zamówienie. W tym postępowaniu zamawiający zdecydował się na szeroki zakres wyjaśnień i nie zrezygnował z żadnego elementu wskazanego w art. 224 ust. 3 ustawy. Tym samym wykonawcy zobowiązani byli do udzielenia szczegółowych wyjaśnień obejmujących wszystkie kwestie wynikające z art. 224 ust. 3 ustawy. Nadto zgodnie z art. 224 ust. 5 obowiązek wykazania, że oferta nie zawiera rażąco niskiej ceny lub kosztu spoczywał na wykonawcy. Izba zwraca także uwagę, że ustalenie wynagrodzenia ryczałtowego nie stanowi podstawy do odstąpienia od badania realności ceny. Tym samym wykonawca jest obowiązany wykazać, że zaoferowana cena lub koszt pozwalają na należyte wykonanie przedmiotu zamówienia. Jak wynika z ustaleń Izby obaj wykonawcy złożyli wyjaśnienia i złożyli dowody. W ocenie Izby kalkulacja własna wykonawcy może być dowodem, zwłaszcza jeśli sam zamawiający w wezwaniu wskaże ją jako akceptowany przez niego dowód. Taka sytuacja nie miała jednak miejsca w przedmiotowej sprawie, zamawiający nie określił, jakich dowodów oczekuje od wykonawcy, tym samym to na wykonawcy spoczywał ciężar doboru dowodów, które uzasadnią zamawiającemu zaoferowaną cenę.

W przypadku wykonawcy Hoga wykonawca złożył jedynie kalkulację w postaci załącznika nr 1. Izba oceniając tą kalkulację ustaliła, że wykonawca nie zróżnicował wynagrodzenia pracowników w zależności od pełnionej funkcji, mimo tego, że jeden z pracowników będzie pełnił funkcję kierownika robót jako samodzielną funkcję w budownictwie, z wymaganymi uprawnieniami i przynależnością do właściwego samorządu zawodowego. Ten fakt powoduje, że wątpliwości, co do realności ceny nie zostają usunięte. Dalej Izba ustaliła, że również koszt pracy sprzętu nie został przez wykonawcę Hoga wykazany, nie można znaleźć w wyjaśnieniach uzasadnienia dla ceny godziny pracy sprzętu na poziomie 100zł. W zakresie pozostałych pozycji wyszczególnionych przez wykonawcę Hoga przedstawiona kalkulacja nie zawiera informacji pozwalających na ocenę wyjaśnień jako uzasadnionych. Wykonawca Hoga nie przedstawił założeń do kalkulacji w postaci takich informacji jak to, jakie ilości odpadów szacował do wywozu i utylizacji, ani jednostkowych kosztów transportu i utylizacji oferowanych wykonawcy Hoga przez strony umów ramowych. Pozostałe koszty zostały wskazane i podobnie jak w przypadku wywozu i utylizacji odpadów przypisano im określoną wartość, jednak podana wielkość nie została przez wykonawcę w żaden sposób uzasadniona. Tym samym Izba ustaliła, że zamawiający błędnie ocenił złożone wyjaśnienia wraz z dowodem wykonawcy Hoga jako uzasadniające podaną cenę.

W przypadku wykonawcy Mega-Pol wykonawca nie przedstawił, w jaki sposób powołane przez wykonawcę okoliczności uzasadniają zaoferowaną cenę. Wykonawca nie wskazał, jak okoliczność bliskości od siedziby wykonawcy i fakt wykonywania innych zamówień przekłada się na zaoferowaną cenę, nie wykazał, że osiąga zysk z odsprzedaży kruszywa, nie wyjaśnił ile kruszywa zamierza pozyskać w tym postępowaniu i jaki będzie jego zysk z tego tytułu, nie wykazał, że wykonywanie zbierania i transportu odpadów samodzielnie jest tańsze od kosztów jakie ponosi wykonawca korzystający z cudzego transportu i utylizacji odpadów. Wykonawca Mega-Pol złożył wprawdzie obszerne zestawienie sprzętu, jednak nie pozwala ono zweryfikować poziomu oszczędności osiąganego z tytułu posiadania zaplecza sprzętowego, gdyż wykonawca nawet nie wyjaśnił jakim sprzętem zamierza wykonać przedmiotowe zamówienie. Tym samym fakt, że być może taki właśnie sprzęt jest jego własnością nie dowodzi jeszcze realności zaoferowanej ceny. Izba zatem oceniła, że zamawiający wadliwie zbadał wyjaśnienia wykonawcy Mega-Pol i błędnie przyjął, że złożone wyjaśnienia uzasadniają podaną cenę.

Mając powyższe na uwadze odwołanie okazało się zasadne i konieczne stało się nakazanie zamawiającemu unieważnienie czynności wyboru oferty najkorzystniejszej oraz nakazanie odrzucenia oferty wykonawców Hoga i Mega-Pol na podstawie art. 226 ust. 1 pkt 8 ustawy w związku z art. 224 ust. 6 ustawy z uwagi na to, że złożone wyjaśnienia wraz z dowodami nie uzasadniają podanej przez tych wykonawców ceny.

Zarzut naruszenia przez zamawiającego art. 239 ust. 1 ustawy, przez dokonanie wyboru oferty wykonawcy P.P.H.U. HOGA jako oferty najkorzystniejszej w niniejszym postępowaniu, podczas gdy oferta ww. wykonawcy podlega odrzuceniu w powodu rażąco niskiej ceny.

Zarzut zasługuje na uwzględnienie. Zarzut pozostaje w ścisłym związku z zarzutem poprzedzającym. Skoro w ocenie Izby oferta wykonawcy Hoga podlegała odrzuceniu jako oferta, w której nie wykazano realności zaoferowanej ceny, to wybór tej oferty jako najkorzystniejszej był niezgodny z art. 239 ust. 1 ustawy, który stanowi, że zamawiający wybiera najkorzystniejszą ofertę na podstawie kryteriów oceny ofert określonych w dokumentach zamówienia. Zamawiający oceny ofert może dokonać tylko spośród ofert niepodlegających odrzuceniu. Zatem wadliwa jest ocena ofert, w której uczestniczy oferta, która powinna być odrzucona i w konsekwencji, wybór takiej oferty nie jest wyborem zgodnym z przepisami ustawy.

Mając na uwadze powyższe orzeczono jak w sentencji na podstawie art. 553 zdanie 1 ustawy.

O kosztach postępowania odwoławczego orzeczono na podstawie art. 574 i 575 ustawy, tj. stosownie do wyniku postępowania, z uwzględnieniem postanowień Rozporządzenia Prezesa Rady Ministrów w sprawie szczegółowych rodzajów kosztów postępowania odwoławczego, ich rozliczania oraz wysokości i sposobu pobierania wpisu od odwołania z dnia 30 grudnia 2020 r. (Dz.U. z 2020 r. poz. 2437) na podstawie par. 5 ust. pkt. 1 i 2 lit. a i b w związku z par. 7 ust. 1 pkt 1 rozporządzenia obciążając kosztami zamawiającego. Izba na podstawie złożonych rachunków i spisu kosztów ustaliła, że odwołujący poniósł koszty wpisu w kwocie 10 000 zł i zastępstwa prawnego w kwocie 4 428zł, przy czym z cytowanego rozporządzenia wynika, że maksymalna wysokość wydatków pełnomocnika, którą Izba może zasądzić wynosi 3 600zł. i taką kwotę nakazała zamawiającemu zwrócić odwołującemu.

Przewodniczący: