Sygn. akt: KIO 3436/21

WYROK

z dnia 9 grudnia 2021 roku

Krajowa Izba Odwoławcza - w składzie:

Przewodniczący: Irmina Pawlik

Protokolant: Aldona Karpińska

po rozpoznaniu na rozprawie w dniu 7 grudnia 2021 r. w Warszawie odwołania wniesionego do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej w dniu 24 listopada 2021 r. przez wykonawcę Recycling Group Spółka z ograniczoną odpowiedzialnością Spółka komandytowa z siedzibą w Szczecinie w postępowaniu prowadzonym przez zamawiającego Rejonowy Zarząd Infrastruktury w Szczecinie

przy udziale:

A. Energokon-Plus Spółka z ograniczoną odpowiedzialnością z siedzibą w Sosnowcu zgłaszającego przystąpienie do postępowania odwoławczego po stronie odwołującego;

B. wykonawcy W. F. prowadzącego działalność gospodarczą pod firmą Specjalistyczna Firma Wyburzeniowa „Forest" W. F. w Kamieniu zgłaszającego przystąpienie do postępowania odwoławczego po stronie zamawiającego

orzeka:

1. oddala odwołanie;

2. kosztami postępowania obciąża odwołującego Recycling Group Spółka z ograniczoną odpowiedzialnością Spółka komandytowa z siedzibą w Szczecinie i:

2.1. zalicza w poczet kosztów postępowania odwoławczego kwotę 10 000 zł 00 gr

(słownie: dziesięć tysięcy złotych zero groszy) uiszczoną przez odwołującego tytułem wpisu od odwołania;

2.2. zasądza od odwołującego Recycling Group Spółka z ograniczoną odpowiedzialnością Spółka komandytowa z siedzibą w Szczecinie na rzecz zamawiającego Rejonowego Zarządu Infrastruktury w Szczecinie kwotę 4 553 zł 29 gr (słownie: cztery tysiące pięćset pięćdziesiąt trzy złote dwadzieścia dziewięć groszy) stanowiącą koszty postępowania poniesione przez zamawiającego. z tytułu wynagrodzenia pełnomocnika, dojazdu na rozprawę oraz noclegu.

Stosownie do art. 579 ust. 1 i 580 ust. 1 i 2 ustawy z dnia 11 września 2019 r. - Prawo 1

zamówień publicznych (t.j. Dz. U. z 2021 r. poz. 1129 ze zm.) na niniejszy wyrok - w terminie 14 dni od dnia jego doręczenia - przysługuje skarga za pośrednictwem Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej do Sądu Okręgowego w Warszawie.

Przewodniczący: .....

Sygn. akt: KIO 3426/21

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

Zamawiający Rejonowy Zarząd Infrastruktury z siedzibą w Szczecinie (dalej jako „Zamawiający") prowadzi postępowanie o udzielenie zamówienia publicznego pn. „Roboty budowlane polegające na rozbiórce budynku - Klub w Mirosławcu" (nr postępowania: 39/RB/21). Ogłoszenie o zamówieniu zostało opublikowane w Biuletynie Zamówień Publicznych z dnia 14 października 2021 r. pod numerem 2021/BZP 00232762/01. Do ww. postępowania o udzielenie zamówienia zastosowanie znajdują przepisy ustawy z dnia 11 września 2019 r. - Prawo zamówień publicznych (t.j. Dz. U. z 2021 r. poz. 1129 ze zm., dalej „ustawa Pzp"). Wartość szacunkowa zamówienia nie przekracza progów unijnych, o których mowa w art. 3 ustawy Pzp.

W dniu 24 listopada 2021 r. wykonawca Recycling Group Spółka z ograniczoną odpowiedzialnością Spółka komandytowa z siedzibą w Szczecinie (dalej jako „Odwołujący") wniósł odwołanie wobec czynności wyboru oferty wykonawcy W. F. prowadzącego działalność gospodarczą pod firmą Specjalistyczna Firma Wyburzeniowa „Forest" W. F. w kamieniu (dalej jako „Forest" lub „Przystępujący") jako najkorzystniejszej w postępowaniu. Odwołujący zarzucił Zamawiającemu naruszenie:

1. art. 226 ust. 1 pkt 8) w zw. z art. 224 ust. 1 i 6 ustawy Pzp oraz art. 226 ust. 1 pkt 7) ustawy Pzp w zw. z art. 3 ust. 1 i art. 15 ust. 1 pkt 1) Ustawy o zwalczaniu nieuczciwej konkurencji poprzez wybór oferty wykonawcy Forest podlegającej odrzuceniu z powodu zaoferowania w tej ofercie ceny rażąco niskiej w stosunku do przedmiotu zamówienia (art. 226 ust. 1 pkt 8) ustawy Pzp), co wynika z treści wyjaśnień złożonych przez ww. wykonawcę (art. 224 ust. 6 ustawy Pzp) wobec wezwania go przez Zamawiającego na podstawie art. 224 ust. 1 ustawy Pzp, które to wyjaśnienia nie obaliły domniemania, że zaoferowano rażąco niską cenę, a wręcz wynika z nich, że wykonawca Forest potwierdził, że jego oferta zawiera rażąco niską cenę, a jej złożenie stanowi czyn nieuczciwej konkurencji, o którym mowa w art. 3 ust. 1 i art. 15 ust. 1 pkt 1) Ustawy o zwalczaniu nieuczciwej konkurencji;

2. art. 226 ust. 1 pkt 5) ustawy Pzp poprzez wybór oferty wykonawcy Forest podlegającej odrzuceniu z powodu niezgodności tej oferty z warunkami zamówienia określonymi treścią specyfikacji warunków zamówienia z załącznikami i wyjaśnieniami („SWZ"), co wynika z treści wyjaśnień z dnia 07 listopada 2021 r., w których wskazano wprost, iż wykonawca Forest nie ujął w zakresie swojego świadczenia ofertowego całości spoczywających na nim obowiązków opisanych w SWZ;

3. art. 16 ust. 1 ustawy Pzp, przez prowadzenie postępowania w sposób niezapewniający zachowania uczciwej konkurencji i równego traktowania wykonawców.

Odwołujący wniósł o uwzględnienie odwołania i nakazanie Zamawiającemu unieważnienia czynności wyboru najkorzystniejszej oferty i odrzucenia oferty Przystępującego oraz nakazanie ponownej oceny niepodlegających odrzuceniu ofert złożonych w postępowaniu o udzielenie zamówienia. Ponadto wniósł o obciążenie Zamawiającego kosztami postępowania odwoławczego, zgodnie z przedłożonymi podczas rozprawy rachunkami i przepisami prawa.

Uzasadniając zarzut nr 1 Odwołujący wskazał, iż Przystępujący nie udzielił wystarczających, wiarygodnych, weryfikowalnych, wyjaśnień dotyczących wyliczenia ceny swojej oferty. Nie mógł zatem podźwignąć ciężaru udowodnienia, że jego cena nie jest rażąco niska. Odwołujący - w odniesieniu do pierwszego zdania wyjaśnień Przystępującego - podniósł, iż wiedza i „doświadczenie" każdego z wykonawców „w różnego rodzaju rozbiórkach obiektów budowlanych" zostały przez Zamawiającego należycie zweryfikowane poprzez dopuszczenie do udziału w postępowaniu jedynie wykonawców, którzy wykazali spełnienie warunków udziału w postępowaniu. Przyjąć należy bowiem, że warunki te były sformułowane przez Zamawiającego zgodnie z zasadą proporcjonalności, a w konsekwencji każdy dopuszczony do udziału w zamówieniu wykonawca daje rękojmię należytego wykonania zamówienia. Każdy zatem wykonawca potrafi wykonać, tj. ma wiedzę i doświadczenie w wykonywaniu robót podobnych do robót objętych przedmiotem zamówienia. Odwołujący zauważył, że w dalszej treści wyjaśnień Przystępujący wskazuje, iż posiada własny sprzęt, którego nie wynajmuje, co jednak wcale nie świadczy o przewadze konkurencyjnej, skoro pozostali wykonawcy, w tym Odwołujący także takim sprzętem dysponują. Nadto, kwestia własności czy dysponowania sprzętem na zasadach umów cywilnoprawnych, pozostaje bez znaczenia. Nie jest wcale przesądzone (z wyjaśnień Przystępującego także nie wynika), że własność sprzętu daje przewagę, skoro sprzęt ten

wymaga ponoszenia kosztów jego eksploatacji i bieżącej konserwacji. Odwołujący posiada natomiast, nie tylko koparki wyburzeniowe czy samochodowe, ale także inne sprzęty i urządzenia konieczne dla wykonania przedmiotu zamówienia, jak np.: chwytaki czy szczęki, HDS, urządzenia do mechanicznego cięcia, odkażania, zasypywania, plantowania, itd.

W ocenie Odwołującego niewykazane pozostają twierdzenia Przystępującego co do faktycznych kosztów realizacji zamówienia, kosztów korzystania z posiadanego sprzętu, doświadczenia pracowników, czy wreszcie utylizacji. W szczególności nie wykazano na czym ma polegać przewaga konkurencyjna Przystępującego. Nie wykazano np.: możliwości zakupu materiałów w preferencyjnych cenach czy nie zwrócono uwagi na żadne przykładowe elementy, których mogły dotyczyć wyjaśnienia (zgodnie z pismem

Zamawiającego), jak np.: zarządzanie procesami, rozwiązania techniczne, zgodność z przepisami prawa pracy (skoro nie wskazuje się na uwzględnienie podwyżek minimalnego wynagrodzenia, planowanych na 2022 rok, kiedy to najprawdopodobniej realizowane będzie zamówienie), itp. W ocenie Odwołującego z wyjaśnień wynika wprost, że są one bardzo ogólnikowe i nie dają się zweryfikować. Wyjaśnienia podobnej treści można byłoby złożyć do większości zamówień na roboty rozbiórkowe, o które ubiegają się konkurujący ze sobą wykonawcy. Ponadto z wyjaśnień Przystępującego nie wynika, osiągnie on jakikolwiek zysk. Nie jest też w szczególności znany zakładany poziom tego zysku. Z wyjaśnień nie wynika nawet czy podane wartości kwotowe są wyrażone w wartościach netto, czy tez uwzględniają podatek VAT (brutto). Odwołujący zauważył także, iż wyjaśnienia Przystępującego nie odnoszą się do żądanego w wezwaniu Zamawiającego wyszczególnienia kompleksowych kosztów pracy, sprzętu i kosztów zatrudnienia pracowników. W tym zakresie wyliczenia są bardzo ogólne i nie dają się zweryfikować. Tak złożone wyjaśnienia w ocenie Odwołującego nie mogą obalić domniemania, że podana cena jest rażąco niska. W konsekwencji Odwołujący podniósł, że Przystępujący złożył ofertę, której złożenie stanowi czyn nieuczciwej konkurencji w rozumieniu art. 15 ust. 1 pkt 1) ustawy o zwalczaniu nieuczciwej konkurencji. Wykonawca, który sprzedaje swoje usługi poniżej kosztów ich wytworzenia lub świadczenia utrudnia w ten sposób innym wykonawcom dostęp do rynku, co stanowi czyn nieuczciwej konkurencji.

Uzasadniając zarzut nr 2 Odwołujący podniósł, iż z wyjaśnień Przystępującego wprost wynika, że w ofercie tego wykonawcy nie ujęto wszystkich obowiązków umownych spoczywających na wykonawcy. Wystarczy proste zestawienie postanowień SWZ z załącznikami z treścią wyjaśnień złożonych przez Odwołującego i treści wyjaśnień złożonych przez Przystępującego, aby ustalić, że oferta ta nie obejmuje wykonania, np.: kosztów obsługi formalnej (administracyjno-biurowej) zamówienia, nadzoru BHP i p.poż., nadzoru ornitologicznego, kosztów zaplecza technicznego i socjalnego terenu budowy, kosztów tablic informacyjnych, sprawdzeń, transportu i utylizacji, gdzie w zakresie utylizacji Przystępujący wprost wskazuje wyłącznie na gruz, a pomija papę, asfalt, drewno, pozostałe materiały, których nie da się zagospodarować poprzez: „możliwość nieodpłatnego oddania gruzu rozbiórkowego osobie fizycznej która to zagospodaruje gruz we własnym zakresie”, kosztów zarządu wykonawcy, ryzyk, itp. Wyjaśnienia potwierdzają zatem, że oferta nie obejmuje całości zamówienia. Do wyjaśnień nie załączono żadnych dowodów.

Uzasadniając zarzut nr 3 Odwołujący podniósł, iż powyższe - sprzeczne z przepisami ustawy Pzp - działania i zaniechania Zamawiającego jednocześnie stanowią o przeprowadzeniu postępowania o udzielenie zamówienia w sposób naruszający zasadę uczciwej konkurencji i równego traktowania wykonawców. Zamawiający bowiem przez to, że zaniechał odrzucenia oferty Przystępującego, uniemożliwił udzielenia zamówienia innym wykonawcom, których oferty nie podlegają odrzuceniu, a w szczególności Odwołującemu. Odwołujący wskazał ponadto na okoliczność odrzucenia oferty wykonawcy: Przedsiębiorstwo Inżynieryjno Budowlano Usługowego J. J., wobec braku przedstawienia przez ww. wykonawcę, jak wskazał Zamawiający: „żadnych wiarygodnych dowodów, które rozwiały wątpliwości Zamawiającego i pozwoliły uznać, że oferta nie zawiera rażąco niskiej ceny”, a zaniechania odrzucenia oferty Przystępującego, do którego wyjaśnień żadnych dowodów (bez oceny czy są one wiarygodne czy też nie) także nie załączono. Kolejny przykład naruszenia zasady uczciwej konkurencji oraz równego traktowania wykonawców stanowi w ocenie Odwołującego zestawienie treści wyjaśnień złożonych przez Przystępującego i treści wyjaśnień złożonych przez wykonawcę Przedsiębiorstwo Inżynieryjno Budowlano Usługowego J. J. oraz Hammer Wyburzenia M. K., aby ustalić, że Zamawiający różnie ocenia wyjaśnienia złożone na bardzo podobnym poziomie ogólności. wyjaśnienia Przystępującego i Hammer Wyburzenia M. K. uznane zostały za wystarczające, ale już wyjaśnienia wykonawcy Przedsiębiorstwo Inżynieryjno Budowlano Usługowego J. J.- wobec braku dowodów - wystarczające nie były.

W ramach uzasadnienia prawnego wskazano, iż ciężar dowodu, że oferta Konkurenta nie zawiera rażąco niskiej ceny spoczywa na Zamawiającym. Odwołujący wskazał, iż

odpowiedź wykonawcy na wezwanie skierowane w trybie art. 224 ust. 1 ustawy Pzp nie może być lakoniczna i powierzchowna, aby można ją było potraktować jako wyczerpującą i rozwiewającą wątpliwości. Złożenie wyjaśnień, które nie wyjaśniają wątpliwości co do rynkowego charakteru ceny oferty winno skutkować odrzuceniem oferty (powołał się na wyrok Izby z dnia 13 października 2014 r., KIO 2031/14). Jednocześnie zaznaczył, iż do wyjaśnień złożonych w odpowiedzi na wezwanie skierowane w trybie art. 224 ust. 1 ustawy Pzp wykonawca powinien przedłożyć wszystkie stosowne dowody potwierdzające wyjaśnienia. Brak wykonania powyższego stanowi o tym, że wyjaśnienia są gołosłowne i - jako takie - powinny skutkować odrzuceniem oferty, której dotyczą (Odwołujący wskazał na wyrok Izby z dnia 24 listopada 2017 r., KIO 2380/17). W ocenie Odwołującego wyjaśnień Przystępującego nie można uznać za wykazujące to, że oferta tego wykonawcy nie zawiera rażąco niskiej ceny. Wyjaśnienia te są niepełne i niepotwierdzone dowodami pomimo tego, że Zamawiający w wezwaniu do złożenia wyjaśnień wyraźnie podkreślał obowiązek przedstawienia dowodów oraz to, że z wyjaśnień mają wynikać m.in. „wszystkie elementy na podstawie których została obliczona cena ofert w szczególności w zakresie wyliczenia wartości przedstawionej oferty cenowej". Jako takie wyjaśnienia te nie powinny być uznane przez Zamawiającego za wykazujące to, że oferta Wykonawcy F. nie zawierają rażąco niskiej ceny. Z ostrożności Odwołujący wskazał także, iż wobec ogólnikowej treści wyjaśnień

Przystępującego niemożliwe było ponowne wezwanie do złożenia wyjaśnień. Zamawiający może bowiem wezwać ponownie do złożenia wyjaśnień tylko tego wykonawcę, który rzetelnie złożył pierwsze wyjaśnienia, a nie takiego, który, uchylając się od udzielenia szczegółowych informacji i przedstawienia dowodów, złożył wyjaśnienia w sposób zdawkowy i ogólnikowy (Odwołujący wskazał na wyroki Izby z dnia 13 października 2014 r., KIO 2025/14 i z dnia 24 listopada 2017 r., KIO 2380/17).

W zakresie naruszenia art. 226 ust. 1 pkt 7) ustawy Pzp w zw. z art. 3 ust. 1 i art. 15

ust. 1 pkt 1) Ustawy o zwalczaniu nieuczciwej konkurencji poprzez wybór oferty Przystępującego Odwołujący wskazał, że mamy do czynienia z tzw. dumpingiem, tj. świadczeniem usług budowlanych poniżej kosztów ich wytworzenia. Powołał się na wyrok Izby z dnia 5 września 2013 r., sygn. akt: KIO 2067/13, z dnia 5 kwietnia 2011 r., sygn. KIO 640/11 oraz z dnia 22 października 2014 r., sygn. KIO 2046/14. Odwołujący zaznaczył ponadto, że informacje uzyskane od wykonawców w drodze wyjaśnień dotyczących rażąco niskiej ceny mogą również służyć ocenie zgodności oferty z SWZ. Potwierdza to choćby

wyrok KIO z dnia 15 kwietnia 2019 r., sygn. akt KIO 522/19. Zasada zachowania uczciwej konkurencji, o której mowa w art. 16 ust. 1 ustawy Pzp oznacza zakaz podejmowania przez zamawiającego działań, które ograniczałyby w jakikolwiek sposób prawo rozpatrzenia oferty danej grupy wykonawców na takich samych zasadach, jak oferty innych wykonawców. Podobny cel służy zasadzie równego traktowania wykonawców, której egzemplifikację stanowi wymóg jednakowego traktowania ich w takich samych okolicznościach (i odpowiednio różnego traktowania wykonawców w różnych okolicznościach). Tymczasem w wyniku zaniechań Zamawiającego w postaci zaniechania odrzucenia ofert Przystępującego, Zamawiający uniemożliwił udzielenia zamówienia innemu wykonawcy, którego oferta nie podlega odrzuceniu, tj. Odwołującemu.

Zamawiający w dniu 6 grudnia 2021 r. złożył pisemną odpowiedź na odwołanie, w której wniósł o oddalenie odwołania w całości.

W dniu 7 grudnia 2021 r. pismo procesowe w sprawie złożył także Przystępujący Forest, wnosząc o oddalenie odwołania w całości.

Po przeprowadzeniu rozprawy z udziałem Stron i Uczestników postępowania, na podstawie zgromadzonego w sprawie materiału dowodowego, Krajowa Izba Odwoławcza ustaliła i zważyła, co następuje:

Wobec spełnienia wymogów określonych art. 525 ust. 1-3 ustawy Pzp Izba uznała za skuteczne zgłoszone do postępowania odwoławczego przystąpienia dokonane przez wykonawcę Energokon-Plus Spółka z ograniczoną odpowiedzialnością z siedzibą w Sosnowcu po stronie Odwołującego, jak również przez wykonawcę W. F. prowadzącego działalność gospodarczą pod firmą Specjalistyczna Firma Wyburzeniowa „Forest" W. F. w Kamieniu po stronie Zamawiającego i dopuściła ww. wykonawców do udziału w postępowaniu odwoławczym w charakterze Uczestników postępowania.

Izba stwierdziła, iż nie została wypełniona żadna z przesłanek skutkujących odrzuceniem odwołania na podstawie art. 528 ustawy Pzp.

Izba uznała, iż Odwołujący, którego oferta mogłaby zostać wybrana jako najkorzystniejsza w przypadku potwierdzenia się zarzutów odwołania i nakazania Zamawiającemu unieważnienia czynności wyboru oferty najkorzystniejszej i odrzucenia oferty Przystępującego Forest wykazał, iż posiada interes w uzyskaniu zamówienia oraz może ponieść szkodę w wyniku naruszenia przez Zamawiającego przepisów ustawy, czym wypełnił materialnoprawne przesłanki dopuszczalności odwołania, o których mowa w art. 505 ust. 1 ustawy Pzp.

Izba dokonała ustaleń faktycznych w oparciu o zgromadzony w sprawie materiał dowodowy, tj. w oparciu o dokumentację postępowania o udzielenie zamówienia przekazaną przez Zamawiającego, w szczególności SWZ wraz z załącznikami, oferty wykonawców, korespondencję prowadzoną między Zamawiającym a wykonawcami w zakresie ceny oferty, informację o odrzuceniu ofert wykonawców, informację o wyborze oferty najkorzystniejszej. Izba dopuściła i przeprowadziła ponadto dowody z dokumentów załączonego do pisma procesowego Przystępującego Forest na okoliczności wynikające z treści tych dokumentów, wskazane przez Przystępującego.

Izba ustaliła, co następuje:

Przedmiotem zamówienia są roboty budowlane polegające na rozbiórce budynku - Klub w Mirosławcu. Zgodnie z pkt IV.2 SWZ roboty budowlane oznaczają pełen zakres robót rozbiórkowych wraz z uporządkowaniem terenu w zakresie opisanym w specyfikacji technicznej wraz ze wszystkimi robotami niezbędnymi i towarzyszącymi dla zrealizowania robót. Przedmiot zamówienia został szczegółowo opisany następujących dokumentach: a) specyfikacji technicznych wykonania i odbioru robót, b) przedmiarze robót - pomocniczo. Zamawiający wskazał, iż wszystkie roboty mają być wykonane zgodnie z obowiązującymi przepisami i normami. W pkt IV.5 SWZ wskazano, iż szczegółowy opis przedmiotu zamówienia zawiera załącznik nr 9 do SWZ - Specyfikacja techniczna wykonania i odbioru robót budowlanych. W pkt XXVII.1 SWZ wskazano, iż cena oferty jest ceną ryczałtową. Zgodnie z pkt XXVII.4 SWZ wykonawca miał określić cenę za cały przedmiot zamówienia uwzględniając wszystkie elementy zamówienia oraz wymagania SWZ z załącznikami. Cena musi obejmować wszystkie koszty, jakie wykonawca poniesie z tytułu należytej oraz zgodnej z obowiązującymi przepisami realizacji przedmiotu zamówienia. W załączonej do SWZ Specyfikacji technicznej wykonania i odbioru robót budowlanych w punkcie 6 Wywóz i utylizacja odpadów wskazano: „Zgodnie z ustawą o odpadach. Odpady należy np. wywieźć do pobliskiego składowiska odpadów."

Wartość szacunkowa zamówienia została określona na kwotę 527 805,19 zł. Zamawiający wskazał, iż na realizację zamówienia zamierzy przeznaczyć kwotę 649 200,38 zł brutto.

W postępowaniu złożono siedem ofert, w tym najkorzystniejszą pod względem ceny ofertę złożył Przystępujący Forest (263 835,00 zł) zaś drugą w kolejności ofertą była oferta Odwołującego (z ceną 295 077,00 zł).

Zamawiający w dniu 3 listopada 2021 roku wezwał Przystępującego Forest do złożenia wyjaśnień w tym złożenia dowodów w zakresie wyliczenia ceny lub kosztu lub ich istotnych części składowych, zgodnie z artykułem 224 ust. 1 i 2 ustawy Pzp. W wezwaniu wskazano, iż cena całkowita oferty była niższa o co najmniej 30% od wartości zamówienia powiększonej o należny podatek od towarów i usług ustalonej przed wszczęciem postępowania no w średniej arytmetycznej cen wszystkich złożonych ofert nie podlegających odrzuceniu, co budzi wątpliwości Zamawiającego co do możliwości wykonania zamówienia zgodnie z wymaganiami określonymi w dokumentach zamówienia lub wynikającymi z odrębnych przepisów. Zamawiający wskazał że wyjaśnienia mogą dotyczyć w szczególności: 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 godzinowej, ustalonych na podstawie przepisów ustawy z dnia 10 października 2002 r. o minimalnym wynagrodzeniu za pracę (Dz.U. z 2020 r. poz. 2207) 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 z zakresu ochrony środowiska; 8) wypełniania obowiązków związanych z powierzeniem wykonania części zamówienia podwykonawcy. Dodatkowo wskazał że w wyjaśnieniach należy podać wszystkie elementy,

na podstawie których została obliczona cena oferty, w szczególności w zakresie wyliczenia wartości przedstawionej oferty cenowej. Wskazał także, że przesłane wyjaśnienia powinny dostarczyć Zamawiającemu podstawy do uznania że możliwa jest należyta realizacja zamówienia po cenie zaproponowanej w ofercie. Pouczył, że obowiązek wykazania, iż oferta nie zawiera rażąco niskiej ceny lub kosztu spoczywa na wykonawcy. Poinformował że nieudzielenie wyjaśnień lub jeżeli złożone wyjaśnienia wraz z dowodami nie uzasadnią podanej w ofercie ceny lub kosztu spowoduje to odrzucenie oferty jako oferty z rażąco niską ceną lub kosztem.

W odpowiedzi na wezwanie Przystępujący złożył pismo w którym wskazał, że jest firmą posiadającą duże doświadczenie w różnego rodzaju rozbiórkach obiektów budowlanych. Nie wynajmuje sprzętu ciężkiego, gdyż stanowi on własność firmy, co pozwala mu zaoferować atrakcyjną cenę za ww. zadanie. Przystępujący wskazał że posiada na własność koparki wyburzeniowe o wysokiej wydajności oraz własne samochody ciężarowe. Wydajność jego sprzętu oraz wieloletnie doświadczenie operatorów sprzętu pozwalają na wykonanie prac w niezwykle szybkim czasie, co znacząco zmniejsza całościowe koszty wykonania prac. Przystępujący wskazał, że prace wykonuje własnymi siłami, bez udziału podwykonawców. Wszyscy pracownicy zatrudnieni do realizacji przedmiotowego zadania będą zatrudnieni na podstawie umowy o pracę, a ich wynagrodzenie jest wyższe od minimalnego wynagrodzenia za pracę ustalonego na podstawie przepisów ustawowych. Przystępujący wskazał także, że wynagrodzenie kierownika budowy zostało ujęte w kosztach pośrednich. Następnie przedstawił w formie tabeli kalkulację ceny przedmiotowej oferty, wskazując iż termin realizacji prac to 25 dni. W pozycji pierwszej wskazał sprzęt ciężki: koparka gąsienicowa CAT wyposażona w młot wyburzeniowy - kalkulacja kosztów: 25 dni po 8 godzin pracy koparki dziennie - razem 200h. Suma: 20 h x 110 zł/h pracy koparki = 22 000 zł. Pozycja 2: sprzęt (samochody ciężarowe): samochód ciężarowy 4-osiowy Mercedes Actros 2 sztuki - 20 dni po 8h pracy samochodu dziennie w nosie razem 160h razy 2 = 320 h. Suma: 320 h x 65 zł/h pracy samochodu równa się 20 800 zł. Pozycja 4 pracownicy - 25 dni rx 4 pracowników x (licząc 8h dziennie pracy) = 800h. Suma 800h x 72 zł (zawiera wynagrodzenie pracownika, koszty delegacji, utrzymania, zatrudnienia) = 57 600 zł. Pozycja 5: utylizacja materiałów niebezpiecznych (papa, asfalt) - kpl.1 - 200 00 zł. Pozycja 6: dokumentacja geodezyjna kpl.1 - 2 000 zł. Pozycja 7: plantowanie terenu do poziomu otaczającego wraz z wyrównaniem terenu - kpl .1 - 6 000 zł. Pozycja 8: koszty pośrednie (wszystkie inne koszty, również te nieprzewidziane w celu prawidłowego wykonania przedmiotu zadania) - kpl. 1 - 20 000 zł. Pozycja 9: utylizacja materiałów z rozbiórki - kpl. 1 - 10 000 zł. Pozycja 10: odkażanie terenu po rozbiórce budynku (insekty) - kpl. - 10 000 zł. Koszt wykonania prac 168 400 zł (założenia maksymalne). Przystępujący wskazał, iż gruz porozbiórkowy podczas rozbiórki na bieżąco będzie rozkruszany koparką wyburzeniową wyposażoną w młot wyburzeniowy (koszty zawarte w kosztach pracy sprzętu), a następnie przekazane osobie fizycznej w okolicach miejsca prowadzenia prac w odległości około 15 km. Wykonawca możliwość nieodpłatnego oddania gruzu porozbiórkowego osobie fizycznej, która to zagospodaruje gruz we własnym zakresie, traktuje jako zysk, gdyż zwalnia go to z opłat związanych z utylizacją gruzu. Zgodnie z ustawą o odpadach gruz betonowy i ceglany posiadacz odpadów może przekazać osobom fizycznym lub jednostkom organizacyjnym niebędącym przedsiębiorcami na ich własne potrzeby. Dalej Przystępujący zapewnił, że cena przedmiotowego zadania została przez niego skrupulatnie przeanalizowana. Na przestrzeni wieloletniego wykonywania tego typu prac zdobyte doświadczenie pozwala mu na realizowanie prac w dużo szybszym czasie dzięki czemu jest konkurencyjną firmą na rynku. Powierzone prace zawsze wykonuje należycie i terminowo.

Zamawiający w toku postępowania o udzielenie zamówienia wzywał do wyjaśnienia ceny oferty również czterech innych wykonawców, w tym Odwołującego i wykonawcę Przedsiębiorstwo Inżynieryjno-Budowlano-Usługowe J. J. Ww. wykonawca składając wyjaśnienia wskazał, iż posiada duże doświadczenie (45 lat pracy w budownictwie), wykonywał między innymi rozbiórki obiektów budowlanych w jednostkach wojskowych Złocieniec, Stargard, Szczecin, posiada odpowiedni sprzęt: koparka gąsienicowa z młotem, koparka kołowa, samochody samowyładowcze, zatrudnia doświadczonych i przeszkolonych pracowników na umowy o pracę, łącznie z kadrą inżynierską, posiadających uprawnienia konstrukcyjno-budowlane bez ograniczeń, przestrzega obowiązujących przepisów z zakresu prawa pracy. Wskazał, iż wszyscy pracownicy są ubezpieczeni oraz firma jest ubezpieczona na kwotę 2 mln zł, poczynił ustalenia z firmą, która odbiera i utylizuje papę, asfalt i drewno, po odbiorze odpadów firma wystawia stosowne dokumenty, gruz z rozbiórki zostanie przewieziony, skruszony i wykorzystany na własne potrzeby firmy do utwardzenia dróg dojazdowych, zostały poczynione ustalenia z firmą odkażającą tereny po rozbiórce budynków i budowli. Wykonawca dodał, że w podanej w ofercie kwocie netto uwzględnił wszystkie parametry cenowe kosztów, które będę musiał ponieść oraz potwierdził wykonanie powyższych robót zgodnie z obowiązującymi przepisami prawa budowlanego, prawa pracy, prawa ochrony środowiska w określonym w ofercie terminie.

Zamawiający w dniu 9 listopada 2021 r. odrzucił ofertę wykonawcy Przedsiębiorstwo

Inżynieryjno-Budowlano-Usługowe J. J. na podstawie art. 226 ust. 1 pkt 8 w zw. z art. 224

ust. 6 ustawy Pzp, wskazując, iż wykonawca w odpowiedzi na wezwanie złożył wyjaśnienia, które w żaden sposób nie można uznać za weryfikowalne i przekładające się na zaoferowaną cenę, które rozwiałyby wątpliwości Zamawiającego. Ponadto nie wykonawca załączył żadnych wiarygodnych dowodów do uznania, że oferta nie zawiera rażąco niskiej ceny. Wykonawca wezwany do złożenia wyjaśnień w ww. zakresie powinien mieć na uwadze fakt, że wyjaśnienia te rozwieją wątpliwości Zamawiającego co do rzetelności dokonanej przez wykonawcę kalkulacji ceny. Zamawiający wskazał, iż należy pamiętać, że to na

wykonawcy składającym wyjaśnienia spoczywa ciężar wykazania, że zaoferowana cena nie jest rażąco niska. Wykonawca jest zatem zobowiązany wskazać elementy, które Zamawiający powinien wziąć pod uwagę oraz udowodnić w jaki sposób przekładają się one na zaoferowaną cenę. Przedstawiony przez wykonawcę sposób udowodnienia rażąco niskiej ceny i wyjaśnienia nie wykazują w jakim stopniu przedstawione czynniki wpłynęły na wysokość ceny oferty Zamawiający odrzucił także ofertę innego z wykonawców wezwanych do złożenia wyjaśnień w zakresie ceny oferty, z uwagi na brak złożenia wyjaśnień w zakreślonym terminie.

Zamawiający w dniu 19 listopada 2021 r. dokonał wyboru oferty Przystępującego Forest jako najkorzystniejszej w postępowaniu.

Izba zważyła, co następuje:

Biorąc pod uwagę zgromadzony w sprawie materiał dowodowy, poczynione ustalenia faktyczne oraz orzekając w granicach zarzutów zawartych w odwołaniu, Izba stwierdziła, iż odwołanie nie zasługuje na uwzględnienie.

Nie potwierdził się zarzut naruszenia art. 226 ust. 1 pkt 8) w zw. z art. 224 ust. 1 i 6 ustawy Pzp oraz art. 226 ust. 1 pkt 7) ustawy Pzp w zw. z art. 3 ust. 1 i art. 15 ust. 1 pkt 1) ustawy o zwalczaniu nieuczciwej konkurencji poprzez wybór oferty wykonawcy Forest podlegającej odrzuceniu z powodu zaoferowania w tej ofercie ceny rażąco niskiej w stosunku do przedmiotu zamówienia i której złożenie stanowi czyn nieuczciwej konkurencji, o którym mowa w art. 3 ust. 1 i art. 15 ust. 1 pkt 1) ustawy o zwalczaniu nieuczciwej konkurencji.

Art. 226 ust. 1 ustawy Pzp stanowi, że Zamawiający odrzuca ofertę, jeżeli: 7) została złożona w warunkach czynu nieuczciwej konkurencji w rozumieniu ustawy z dnia 16 kwietnia 1993 r. o zwalczaniu nieuczciwej konkurencji; 8) zawiera rażąco niską cenę lub koszt w stosunku do przedmiotu zamówienia. Zgodnie z art. 224 ust. 1 ustawy Pzp jeżeli zaoferowana cena lub koszt, lub ich istotne części składowe, wydają się rażąco niskie w stosunku do przedmiotu zamówienia lub budzą wątpliwości zamawiającego co do możliwości wykonania przedmiotu zamówienia zgodnie z wymaganiami określonymi w dokumentach zamówienia lub wynikającymi z odrębnych przepisów, zamawiający żąda od wykonawcy wyjaśnień, w tym złożenia dowodów w zakresie wyliczenia ceny lub kosztu, lub ich istotnych części składowych. Ust. 6 tego przepisu stanowi zaś, że odrzuceniu, jako oferta z rażąco niską ceną lub kosztem, podlega oferta wykonawcy, który nie udzielił wyjaśnień w wyznaczonym terminie, lub jeżeli złożone wyjaśnienia wraz z dowodami nie uzasadniają podanej w ofercie ceny lub kosztu. Zgodnie zaś z art. 3 ust. 1 ustawy z dnia 16 kwietnia 1993 r. o zwalczaniu nieuczciwej konkurencji (t.j. Dz. U. z 2020 r. poz. 1913 ze zm., dalej jako „u.z.n.k.") czynem nieuczciwej konkurencji jest działanie sprzeczne z prawem lub dobrymi

obyczajami, jeżeli zagraża lub narusza interes innego przedsiębiorcy lub klienta. Zgodnie zaś z art. 15 ust. 1 pkt 1 u.z.n.k. Czynem nieuczciwej konkurencji jest utrudnianie innym przedsiębiorcom dostępu do rynku, w szczególności przez sprzedaż towarów lub usług poniżej kosztów ich wytworzenia lub świadczenia albo ich odprzedaż poniżej kosztów zakupu w celu eliminacji innych przedsiębiorców.

Zgodzić należy się z wywodem prawnym przywołanym przez Odwołującego, iż złożone przez wykonawcę wyjaśnienia w zakresie ceny oferty lub kosztu, lub ich istotnych części składowych, winny być konkretne, wyczerpujące i rozwiewające wątpliwości zamawiającego co do możliwości wykonania przedmiotu zamówienia zgodnie z wymaganiami określonymi w dokumentach zamówienia lub wynikającymi z odrębnych przepisów. Powyższe ma istotne znaczenie, ponieważ to wyłącznie na podstawie złożonych wyjaśnień Zamawiający dokonuje oceny czy oferta zawiera rażąco niską cenę lub koszt, czy też rażąco niskie ich istotne części składowe. Efektem składanych wyjaśnień ma być stworzenie podstaw do uznania przez zamawiającego, że podejrzenie dotyczące rażąco niskiej ceny oferty nie było

uzasadnione. Podkreślić trzeba, iż nie tylko nieudzielenie wyjaśnień w wyznaczonym terminie skutkować będzie koniecznością odrzucenia oferty, ale także złożenie takich wyjaśnień, które nie uzasadniają podanej w ofercie ceny (por. art. 224 ust. 6 ustawy Pzp). Wezwanie do wyjaśnienia ceny oferty co do zasady jest konsekwencją stwierdzenia faktu, że cena ta w sposób zauważalny odbiega od wartości zamówienia czy średniej arytmetycznej cen innych ofert. W odpowiedzi na takie wezwanie wykonawca zobowiązany jest zatem wyjaśnić w sposób szczegółowy i konkretny, że zaoferowana cena gwarantuje należytą realizację całego zamówienia, uwzględnia wszelkie niezbędne do tego elementy, jak również wykazać dlaczego był w stanie zaoferować cenę na takim, a nie innym poziomie, czyli poziomie odbiegającym od wartości zamówienia lub cen innych złożonych w postępowaniu ofert.

Natomiast dokonując oceny prawidłowości działania zamawiającego polegającego na uznaniu, że wykonawca składając wyjaśnienia wykazał, iż cena jego oferty nie jest ceną rażąco niską, nie można tracić z oczu celu, jakiemu służy instytucja wyjaśnień ceny oferty. Celem tym jest przede wszystkim ustalenie, czy za zaoferowaną cenę możliwe jest wykonanie zamówienia przez wykonawcę w sposób należyty i bez poniesienia strat z tego tytułu. Ceną rażąco niską jest bowiem cena nierealistyczna, za którą nie jest możliwe wykonanie zamówienia w należyty sposób i która wskazuje na zamiar realizacji zamówienia poniżej kosztów własnych wykonawcy, nie pozwala na wygenerowanie przez niego zysku. Za cenę rażąco niską uważana jest cena niewiarygodna w porównaniu do cen rynkowych podobnych zamówień i innych ofert, wskazująca, że przy zachowaniu reguł rynkowych wykonanie umowy przez wykonawcę za podaną cenę byłoby nieopłacalne, odbiegająca od wartości przedmiotu zamówienia w sposób nieuzasadniony obiektywnymi względami pozwalającymi wykonawcy bez strat i finansowania wykonania zamówienia z innych źródeł niż wynagrodzenie umowne, to zamówienie wykonać. Mieć należy także na uwadze, iż kwestia rażąco niskiej ceny powinna być rozpatrywana w odniesieniu do przedmiotu danego zamówienia, a zatem każdorazowo z uwzględnieniem okoliczności stanu faktycznego konkretnej sprawy.

Izba stwierdziła, że argumentacja zawarta w odwołaniu abstrahuje od wyżej wskazanego celu procedury wyjaśnienia rażąco niskiej ceny. Odwołujący wnosząc odwołanie dysponował pełną treścią wyjaśnień złożonych przez Przystępującego Forest, w których podane zostały konkretne elementy cenotwórcze, jakie zostały uwzględnione w kalkulacji wraz z przyjętymi założeniami i ich wyceną. Odwołujący wiedział zatem, jakie założenia ostały przyjęte przez Przystępującego Forest, znał okoliczności sprzyjające Przystępującemu i powodujące powstanie po jego stronie oszczędności jak np. fakt posiadania własnego sprzętu przez Przystępującego, jak i miał wiedzę na jakim konkretnie poziomie zostały przez Przystępującego ustalone maksymalne koszty związane z każdą ujętą w tabeli pozycją. Pomimo powyższego Odwołujący nie zakwestionował realności tak przyjętych założeń. Izba zgodziła się z Przystępującym Forest, że Odwołujący nie skupił się na tym, czy cena jest ceną realną, a jednie na pojedynczych, wybiórczych, formalnych aspektach. Odwołujący jako profesjonalista niewątpliwie posiada wiedzę co do faktycznych kosztów związanych z realizacją przedmiotowych robót budowlanych, jednak nie przedstawił żadnych wywodów w tym zakresie, stosownych wyliczeń ani dowodów, które mogłyby podważyć realność i rynkowość ceny zaoferowanej przez Forest. W treści odwołania nie wskazano, aby podany w wyjaśnieniach Przystępującego Forest poziom kosztów pracowniczych nie pozwalał na ich faktyczne pokrycie (wręcz przeciwnie, podczas rozprawy stwierdził, że przyjęto je na zbyt wysokim poziomie), podobnie jak nie wskazywano, aby podane w tabeli zawartej w wyjaśnieniach kwoty nie pozwalały na pokrycie odpowiednio kosztów sprzętu, kosztów utylizacji materiałów, dokumentacji, wyrównania czy odkażania terenu. Co prawda ciężar dowodu w zakresie wykazania, że cena oferty nie jest rażąco niska w postępowaniu odwoławczym obciąża Przystępującego (por. art. 537 ustawy nPzp), niemniej nie zwalania to Odwołującego z wyczerpującego przedstawienia podstaw faktycznych stawianych zarzutów. Odwołujący skupił się na kwestiach formalnych i niedostatecznej w jego ocenie szczegółowości wyjaśnień, a tymczasem powinien był podważyć wiarygodność i rynkowość zaproponowanej przez Przystępującego Forest ceny lub nieprawidłowość przyjętych przez Przystępującego założeń. Tego rodzaju argumentacji w odwołaniu nie przedstawiono.

Twierdzenia zawarte w odwołaniu nie pozwalają na podważenie realności ceny zaoferowanej przez Przystępującego Forest. Stanowisko Odwołującego, iż powołanie się na doświadczenie Przystępującego, czy fakt posiadania własnego sprzętu przez wykonawcę Forest nie uwiarygadnia ceny oferty, gdyż są to okoliczności charakterystyczne dla większości wykonawców, nie stanowi dostatecznej argumentacji podważającej treści wyjaśnień, skoro Odwołujący w ogóle nie zakwestionował rynkowości przyjętych w kalkulacji kosztów. Przedstawione w odwołaniu stanowisko, iż w wyjaśnieniach nie wskazano „np. możliwości zakupu materiałów w preferencyjnych cenach", Izba uznała za nieuzasadnione, gdyż przedmiotem zamówienia nie była budowa, lecz wyłącznie rozbiórka budynku, a Odwołujący nie wskazał nawet jakich to materiałów powyższe twierdzenie mogłoby dotyczyć

i ceny których pozycji miałyby wskazywać na taką preferencyjność. Odwołujący podniósł również, że wyliczenia dotyczące kosztów pracy sprzętu i zatrudnienia pracowników są ogólne i nie dają się zweryfikować, podczas gdy sam w żaden sposób nie podważył tych wyliczeń - nie kwestionował ani przedstawionych przez Przystępującego założeń co do pracochłonności (liczby godzin pracy sprzętu, liczby godzin pracy pracowników) ani przyjętych w tym zakresie kosztów pracy sprzętu i kosztów związanych z zatrudnieniem pracowników (podjął taką próbę dopiero na rozprawie, co należy uznać za działanie spóźnione). Jak zaś wskazał Zamawiający w odpowiedzi na odwołanie, przyjęte w tym zakresie przez Przystępującego Forest koszty godziny pracy koparki, samochodu ciężarowego czy roboczogodziny pracownika nie budziły jego wątpliwości i odpowiadały stawkom rynkowym. Za nietrafione Izba uznała także powoływanie się na fakt, że z wyjaśnień Przystępującego Forest nie wynika poziom zysku. Sam brak określenia poziomu zysku nie powoduje, że na gruncie wyjaśnień nie jest możliwe ustalenie, czy wykonawca Forest taki zysk osiągnie - wręcz przeciwnie, w treści wyjaśnień wyraźnie wskazano, iż przedstawione koszty wykonania prac mają charakter maksymalny, co w zestawieniu z ceną oferty pozwala na stwierdzenie, że Przystępujący uwzględnił w kalkulacji ceny ofertowej zysk. Co więcej - jak wynika wprost z treści wyjaśnień - dodatkowy zysk zostanie wygenerowany z tytułu przekazania materiałów porozbiórkowych osobie trzeciej do dalszego wykorzystania.

Mając powyższe na uwadze Izba stwierdziła, że w tym konkretnym stanie faktycznym sam fakt nieprzedstawienia przez Przystępującego Forest wraz z wyjaśnieniami innych dokumentów (dowodów) nie może stanowić dostatecznej podstawy do podważenia wiarygodności złożonych wyjaśnień, skoro Odwołujący w ogóle nie podważył ani rynkowości zaoferowanej przez Przystępującego Forest ceny, ani realności przyjętych przez Przystępującego Forest założeń. Ponadto Odwołujący nie wskazał, jakie to obiektywnie możliwe do złożenia dowody miałyby zostać przedstawione przez Przystępującego, w sytuacji gdy zamierza on zrealizować zamówienie samodzielnie, z użyciem własnego sprzętu, z uwzględnieniem kosztów pracy na poziomie przewyższającym rynkowe wynagrodzenie pracowników na tego rodzaju stanowiskach (na co wskazywał sam Odwołujący na rozprawie), przy jednocześnie niewielkim poziomie skomplikowania przedmiotowych robót budowlanych polegających jedynie na rozbiórce budynku i uporządkowaniu terenu. Izba stwierdziła również, że dokumenty przedstawione przez Przystępującego podczas rozprawy zostały złożone jedynie z ostrożności, służyły odparciu twierdzeń Odwołującego i dodatkowemu uwiarygodnieniu przyjętych w kalkulacji ceny ofertowej założeń maksymalnych, których rynkowości Zamawiający w postępowaniu o udzielenie zamówienia nie kwestionował, zaś Odwołujący w postępowaniu odwoławczym skutecznie nie podważył.

Izba nie zgodziła się także z Odwołującym, iż Zamawiający oceniał w sposób różny wyjaśnienia wykonawców o podobnej treści. Wyjaśnienia złożone przez wykonawcę Przedsiębiorstwo Inżynieryjno-Budowlano-Usługowe J. J. były bardzo lakoniczne i nie zawierały żadnych wymiernych danych w zakresie kalkulacji ceny ofertowej. Nie dokonano w nich nawet rozbicia ceny na poszczególne elementy cenotwórcze, nie przedstawiono żadnych założeń, a jedynie poprzestano na zapewnieniach wykonawcy, że uwzględniono wszystkie niezbędne parametry cenowe i poczyniono ustalenia z firmami zewnętrznymi. Tego rodzaju wyjaśnienia w istocie były nieweryfikowalne, Zamawiający na ich podstawie nie był bowiem w stanie nawet powziąć wiedzy, jakie elementy składają się na cenę oferty. Dodatkowo należy wskazać, że nie można dokonywać oceny wyjaśnień Przystępującego Forest przez pryzmat poziomu szczegółowości wyjaśnień złożonych przez Odwołującego, ocena taka powinna bowiem następować w sposób indywidualny. Oczywiście na aprobatę zasługuje okoliczność, że Odwołujący dochował staranności sporządzając własne wyjaśnienia, niemniej nie oznacza to, że wyjaśnienia Przystępującego, mniej szczegółowe, są przez to niewiarygodne czy nieweryfikowalne. Nie oznacza to również, że Przystępujący Forest we własnych wyjaśnieniach musiał odnieść się w sposób analogiczny jak Odwołujący do wszystkich elementów, które w swoich wyjaśnieniach omówił Odwołujący. Zamawiający nie narzucał wykonawcom sposobu udzielenia wyjaśnień, a wystosowane przez niego wezwanie miało ogólny charakter i sprowadzało się w zasadniczej mierze do wskazania okoliczności wynikających z art. 224 ustawy Pzp. Odwołujący nawet nie uprawdopodobnił, aby na gruncie treści wyjaśnień złożonych przez Przystępującego Forest nie było możliwe stwierdzenie, że cena oferty Przystępującego Forest nie jest rażąco niska. Odwołujący w istocie w ogóle nie podjął próby wykazania, że cena zaoferowana przez Przystępującego jest ceną, za którą nie jest możliwe wykonanie przedmiotowego zamówienia. A dodać należy, że cena oferty Forest różniła się od ceny samego Odwołującego jedynie o ok. 30 000 zł.

Izba stwierdziła ponadto, iż znaczna część argumentacji prezentowanej podczas rozprawy wykraczała poza zakreślone odwołaniem podstawy faktyczne zarzutów. Dotyczy to w szczególności: a) twierdzenia, iż w zakresie dokumentacji geodezyjnej wykonawca musi zatrudnić podmiot trzeci, dlatego powinien w kalkulacji ująć koszty tego podmiotu trzeciego, b) twierdzenia, iż założone w wyjaśnieniach Forest przekazanie gruzu osobie trzeciej jest

niezgodne z treścią STWiORB, c) twierdzenia, iż przyjęto nieprawidłowe koszty pracy samochody ciężarowego, d) podnoszonych nieprawidłowości w zakresie odliczania podatku VAT, e) podnoszonych nieprawidłowości w zakresie przyjętych kosztów pracowniczych (w tym braku uwzględnienia pracy w soboty i niedziele, nadgodzin czy nieprawidłowej liczby etatów). Jedynie na marginesie Izba wskazuje, że Odwołujący nie odparł twierdzeń Zamawiającego i Przystępującego, odnoszących się do zgodności działania Przystępującego z STWiORB (z pkt 6 w istocie wynika możliwość działania założonego przez Przystępującego, jako, że ww. postanowienie odsyła do ustawy o odpadach w sposób generalny, wymieniając wywóz odpadów do pobliskiego składowiska jedynie jako przykład) czy dotyczących specyfiki pracy samochodu ciężarowego i związanych z tym kosztów paliwa.

Zarzut zaniechania odrzucenia oferty Przystępującego Forest jako stanowiącej czyn nieuczciwej konkurencji nie został przez Odwołującego w ogóle wykazany. Zarzut ten Odwołujący opierał wyłącznie na okoliczności, iż skoro - zdaniem Odwołującego - Przystępujący nie obalił domniemania, iż cena jego oferty nie jest rażąco niska, to znaczy, że sprzedaje on swoje usługi poniżej kosztów ich wytworzenia lub świadczenia, przez co utrudnia innym wykonawcom dostęp do rynku. Taki wniosek Odwołującego należy uznać za błędny. Pomijając fakt, iż nie potwierdził się zarzut zaniechania odrzucenia oferty Przystępującego jako zawierającej rażąco niską cenę, to wymaga podkreślenia, że nie jest właściwym wywodzenie w sposób automatyczny (jak zdaje się czynić to Odwołujący) z faktu rażąco niskiej ceny oferty, tak daleko idącego wniosku jak uznanie, że jej złożenie stanowiło czyn nieuczciwej konkurencji. Istnienie przesłanek do uznania danego zachowania za taki czyn należy wykazać i ciężar dowodu spoczywał w tym zakresie na Odwołującym, zgodnie z ogólną zasadą rozkładu ciężaru dowodu opisaną w art. 534 ust. 1 ustawy Pzp. Odwołujący wskazał na art. 3 ust. 1 oraz art. 15 ust. 1 pkt 1 u.z.n.k., jednocześnie nie podejmując próby dowiedzenia, że doszło do kumulatywnego spełnienia wszystkich przesłanek określonych w tych przepisach. W szczególności dla wyczerpania dyspozycji art. 15 ust. 1 pkt 1 ustawy Pzp niezbędnym pozostaje wykazanie dokonania sprzedaży towarów (usług) poniżej kosztów ich wytworzenia, przez co dochodzi do utrudnienia innym przedsiębiorstwom dostępu do rynku, a nadto że utrudnienie to ma za swój cel eliminację innych przedsiębiorców. Żadnej z tych przesłanek Odwołujący nie wykazał, poprzestając jedynie na postawieniu niczym nie popartej tezy.

Za bezzasadny Izba uznała także zarzut naruszenia art. 226 ust. 1 pkt 5) ustawy Pzp poprzez wybór oferty wykonawcy Forest podlegającej odrzuceniu z powodu niezgodności tej oferty z warunkami zamówienia.

Zgodnie z art. 226 ust. 1 pkt 5 ustawy Pzp zamawiający odrzuca ofertę, jeżeli jej treść jest niezgodna z warunkami zamówienia. Niezgodność treści oferty z warunkami zamówienia zachodzi co do zasady wtedy, gdy zawartość merytoryczna złożonej w danym postępowaniu oferty nie odpowiada ukształtowanym przez Zamawiającego i zawartym dokumentach zamówienia warunkom. Poprzez warunki zamówienia, zgodnie z art. 7 pkt 29 ustawy Pzp należy rozumieć warunki, które dotyczą zamówienia lub postępowania o udzielenie zamówienia, wynikające w szczególności z opisu przedmiotu zamówienia, wymagań związanych z realizacją zamówienia, kryteriów oceny ofert, wymagań proceduralnych lub projektowanych postanowień umowy w sprawie zamówienia publicznego.

Odwołujący oparł przedmiotowy zarzut na stwierdzeniu, że Przystępujący Forest nie ujął w zakresie swojego świadczenia ofertowego całości spoczywających na nim obowiązków opisanych w SWZ, jednak teza ta nie broni się na gruncie zgromadzonego w sprawie materiału dowodowego. Odwołujący nie przedstawił argumentacji wykazującej, że cena zaoferowana przez Przystępującego Forest jest ceną, za którą nie jest możliwe wykonanie przedmiotowego zamówienia, trudno zatem uznać za dowiedzione, że miałaby ona nie obejmować wszystkich wymaganych elementów zamówienia. Sam fakt, że Przystępujący ich nie wylistował w treści wyjaśnień, w przeciwieństwie do Odwołującego, nie powoduje, że nie zostały one wzięte pod uwagę przy kalkulacji ceny oferty. Jak wskazano już powyżej, Zamawiający nie narzucał wykonawcom konkretnej formy wyjaśnień ceny oferty, a Przystępujący wyszczególnił w wyjaśnieniach te elementy, które w jego ocenie były istotne i kosztotwórcze. Odwołujący pominął także okoliczność, że w kalkulacji Przystępującego wyszczególniono koszty pośrednie (w których mieszczą się chociażby wspomniane koszty administracyjno-biurowe, koszty zarządu), jak i koszty utylizacji, przy czym nie tylko koszty utylizacji materiałów z rozbiórki, ale także materiałów niebezpiecznych, jak papa czy asfalt, nie jest więc prawdziwe twierdzenie Odwołującego, że kosztów tego rodzaju nie uwzględniono. Podkreślić trzeba, że art. 226 ust. 1 pkt 5 ustawy Pzp ma charakter sankcyjny, a zatem stwierdzenie niezgodności oferty z warunkami zamówienia musi być niewątpliwe i jednoznaczne. Poprzestanie przez Odwołującego na niczym nie popartych przypuszczeniach nie może uzasadniać odrzucenia oferty Przystępującego Forest. Ponadto Izba stwierdziła, że podnoszona podczas rozprawy argumentacja odnosząca się do niezgodności oferty Przystępującego w zakresie założonej liczby etatów pracowniczych,

wykracza poza zakres odwołania i stanowi argumentację spóźnioną.

Mając na uwadze powyższe Izba za niezasadny uznała także zarzut naruszenia art. 16 ust. 1 ustawy Pzp. Zgodnie z tym przepisem zamawiający przygotowuje i przeprowadza postępowanie o udzielenie zamówienia w sposób: 1) zapewniający zachowanie uczciwej konkurencji oraz równe traktowanie wykonawców; 2) przejrzysty; 3) proporcjonalny. Izba nie dopatrzyła się w działaniu Zamawiającego naruszenia ww. zasad ogólnych w zakresie podniesionym w odwołaniu. Podstawy faktyczne przedmiotowego zarzutu były zbieżne z okolicznościami wskazanymi na poparcie wcześniej rozpoznanych zarzutów, wobec czego argumentacja przedstawiona we wcześniejszej części uzasadnienia pozostaje w pełni aktualna i adekwatna również w odniesieniu do zarzutu naruszenia art. 16 ustawy Pzp.

W tym stanie rzeczy Izba uznała, że odwołanie podlega oddaleniu w całości i na podstawie art. 553 ustawy Pzp orzekła jak w sentencji.

O kosztach postępowania odwoławczego orzeczono stosownie do jego wyniku na podstawie art. 557 i 575 ustawy Pzp oraz § 8 ust. 2 pkt 1 w zw. z § 5 pkt 1 i 2 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), zasądzając od Odwołującego na rzecz Zamawiającego kwotę w łącznej wysokości 4 553,29 zł stanowiącą koszty postępowania poniesione przez Zamawiającego. z tytułu wynagrodzenia pełnomocnika, dojazdu na rozprawę oraz noclegu. Kwota poniesionych wydatków wskazana przez Zamawiającego podczas rozprawy do protokołu uległa ograniczeniu z uwagi na fakt, iż przedstawiona do akt sprawy faktura VAT z tytułu kosztów zastępstwa przez pełnomocnika przekraczała kwotę maksymalną określoną w § 5 ust. 2 lit. b) ww. rozporządzenia, ustaloną na poziomie 3 600 zł.

Przewodniczący: .....