Sygn. akt: KIO 2285/22

WYROK

z dnia 13 września 2022 r.

Krajowa Izba Odwoławcza - w składzie:

Przewodniczący: Emilia Garbala

Protokolant: Rafał Komoń

po rozpoznaniu na rozprawie w dniu 12 września 2022 r. w Warszawie odwołania wniesionego do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej w dniu 31 sierpnia 2022 r. przez wykonawcę Energokon-Plus sp. z o.o., ul. Ludwika Mierosławskiego 3, 41-200 Sosnowiec,

w postępowaniu prowadzonym przez zamawiającego: Powiat Kartuski, ul. Dworcowa 1, 83-300 Kartuzy,

przy udziale wykonawcy FB-JELCZ sp. z o.o., ul. Polna 45, 80-209 Chwaszczyno, zgłaszających przystąpienie do postępowania odwoławczego po stronie zamawiającego,

orzeka:

1. umarza postępowanie odwoławcze w zakresie zarzutów nr 4 i 5 dotyczących spełnienia warunku udziału w postępowaniu i wprowadzenia zamawiającego w błąd,

2. uwzględnia odwołanie w zakresie zarzutu dotyczącego rażąco niskiej ceny i nakazuje zamawiającemu unieważnienie czynności wyboru najkorzystniejszej oferty,

odrzucenie oferty wykonawcy FB-JELCZ sp. z o.o. na podstawie art. 224 ust. 6 w zw. z art. 226 ust. 1 pkt 8 ustawy Prawo zamówień publicznych oraz powtórzenie czynności badania i oceny ofert,

3. kosztami postępowania obciąża zamawiającego: Powiat Kartuski, ul. Dworcowa 1, 83-300 Kartuzy, i:

3.1. zalicza w poczet kosztów postępowania odwoławczego kwotę 10 000 zł 00 gr (słownie: dziesięć tysięcy złotych zero groszy) uiszczoną przez odwołującego: Energokon-Plus sp. z o.o., ul. Ludwika Mierosławskiego 3, 41-200 Sosnowiec, tytułem wpisu od odwołania,

3.2. zasądza od zamawiającego: Powiat Kartuski, ul. Dworcowa 1, 83-300 Kartuzy, na rzecz odwołującego Energokon-Plus sp. z o.o., ul. Ludwika Mierosławskiego 3, 41-200 Sosnowiec, kwotę 13 600 zł 000 gr (słownie: trzynaście tysięcy sześćset złotych zero groszy) tytułem zwrotu kosztów uiszczonego wpisu od odwołania oraz wynagrodzenia pełnomocnika.

Stosownie do art. 579 ust. 1 i art. 580 ust. 1 i 2 ustawy z dnia 11 września 2019 r. Prawo zamówień publicznych (t.j. Dz.U. z 2022 r. poz. 1710) 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 2285/22

UZASADNIENIE

Zamawiający - Powiat Kartuski, ul. Dworcowa 1, 83-300 Kartuzy, prowadzi w trybie podstawowym z możliwością negocjacji, postępowanie o udzielenie zamówienia publicznego pn. „Rozbiórka budynku produkcyjnego i dwóch obiektów pomocniczych usytuowanych w Żukowie oraz uporządkowanie terenu po dokonanej rozbiórce", numer referencyjny: RZP.272.2.5.2022. Ogłoszenie o zamówieniu zostało opublikowane w Biuletynie zamówień Publicznych w dniu 14.04.2022 r., nr 2022/BZP 00122403.

W dniu 31.08.2022 r. do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej wpłynęło odwołanie wniesione przez wykonawcę Energokon-Plus sp. z o.o., ul. Ludwika Mierosławskiego 3, 41-200 Sosnowiec (dalej: „odwołujący"), w którym odwołujący zarzucił zamawiającemu naruszenie:

1) art. 239 ust. 1 ustawy Prawo zamówień publicznych (t.j. Dz.U. z 2021 r. poz. 1129 ze zm.), zwanej dalej: „ustawą Pzp", poprzez dokonanie wyboru oferty wykonawcy FB-JELCZ jako oferty najkorzystniejszej w niniejszym postępowaniu, podczas gdy podmiotowe środki dowodowe złożone w odpowiedzi na wezwanie zamawiającego nie potwierdziły spełniania przez FB-JELCZ warunków udziału w postępowaniu, o których mowa w rozdziale XIV pkt 2 ppkt 4) lit. b) swz, albowiem robota budowlana wymieniona w wykazie robót nie polegała na rozbiórce budynku lub/i zespołu budynków o wartości co najmniej 500 000,00 zł brutto, a ponadto oferta ww. wykonawcy podlega odrzuceniu z powodu rażąco niskiej ceny,

2) art. 226 ust. 1 pkt 8 ustawy Pzp i art. 224 ust. 6 w zw. z art. 16 pkt 1, 2 i 3 ustawy Pzp, poprzez zaniechanie odrzucenia ofert wykonawcy FB-JELCZ jako oferty zawierającej rażąco niską cenę, podczas gdy treść udzielonych przez wykonawcę wyjaśnień potwierdza, że oferta zawiera rażąco niską cenę, 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,

3) art. 226 ust 1 pkt 5 ustawy Pzp, poprzez zaniechanie odrzucenia oferty FB-JELCZ, mimo że jej treść jest niezgodna z warunkami zamówienia, bowiem cena oferty nie zawiera wszystkich elementów, jakie zamawiający wskazał w opisie przedmiotu zamówienia, w tym w szczególności wykonania ogrodzenia terenu rozbiórki, usługi utylizacji asfaltu, usługi utylizacji odpadów z rozbiórki sieci wodociągowej i kanalizacji sanitarnej, wykonania rozbiórki i utylizacji papy, zakupu materiału zasypowego i zasypania wykopów,

4) art. 226 ust. 1 pkt 2 lit. b) w zw. z art. 116 ust. 1 i art. 112 ust. 2 pkt 4 ustawy Pzp, poprzez zaniechanie odrzucenia oferty FB-JELCZ, która została złożona przez wykonawcę, który nie wykazał spełniania warunku udziału w postępowaniu dotyczącego doświadczenia w odniesieniu do zdolności technicznej lub zawodowej, w sytuacji gdy robota budowlana wymieniona w wykazie robót nie polegała na rozbiórce budynku lub/i zespołu budynków o wartości co najmniej 500 000,00 zł brutto,

5) art. 109 ust. 1 pkt 10 ustawy Pzp, poprzez zaniechanie wykluczenia z postępowania FB-JELCZ, który w wyniku lekkomyślności lub niedbalstwa przedstawił informacje wprowadzające zamawiającego w błąd, polegające na zapewnieniu zamawiającego, że w ramach zadania pn. „Budowa magazynu w Porcie Gdański przy Nabrzeżu Wiślanym w Gdańsku przy ul. Chodeckiego dla Krajowej Spółki Cukrowej S.A." wykonawca FB-JELCZ zrealizował co najmniej jedną robotę budowlaną polegającą na rozbiórce

budynku lub/i zespołu budynków o wartości co najmniej 500 000,00 zł brutto, podczas gdy obiekty zasobni A i zasobni zadaszonej B nie stanowią budynków w rozumieniu prawa budowlanego, co mogło mieć istotny wpływ na decyzje podejmowane przez zamawiającego w postępowaniu o udzielenie zamówienia.

W szczególności odwołujący podniósł, co następuje.

„I. Zarzuty związane z rażąco niską ceną oraz brakiem zgodności treści oferty z warunkami zamówienia.

W pierwszej kolejności Odwołujący zwraca uwagę, że w treści wezwania do złożenia wyjaśnień RNC zawartym w piśmie z dnia 17 maja 2022 r. Zamawiający wyraźnie zaznaczył zakres oczekiwanych wyjaśnień, w tym dowodów, jakie FB-JELCZ miał złożyć w celu wykazania, że jego oferta nie zawiera rażąco niskiej ceny. (...)

W konsekwencji, wzywając FB-JELCZ do złożenia wyjaśnień wraz z dowodami w zakresie wyliczenia ceny oferty Zamawiający nie musiał powtarzać wszystkich elementów składających się na opis przedmiotu zamówienia, którego ekonomicznym odzwierciedleniem powinna być omawiana cena oferty. Zamawiający nie był również zobligowany do wyszczególnienia w swoim wezwaniu konkretnych wątpliwości w zakresie ceny oferty. Byłoby to wszak niemożliwe w świetle ryczałtowego charakteru ceny oferty. To na wykonawcy spoczywał ciężar wyjaśnienia wszystkich czynników wpływających na cenę zaoferowaną w zamian za wykonanie zamówienia. FB-JELCZ, jako podmiot, o którego pochodziła kalkulacja ceny jako jedyny był umocowany do ustalenia katalogu istotnych czynników cenotwórczych, które w oparciu o OPZ miały wpływ na wysokość ceny. (...)

I.2.1. Brak udzielenia odpowiedzi na żądanie przedstawienia dowodów w zakresie wyliczenia ceny

Przechodząc do omówienia poszczególnych elementów wyjaśnień udzielonych przez FB-JELCZ należy zwrócić uwagę, że nie spełniają one podstawowego wymagania wynikającego z treści wezwania Zamawiającego z dnia 17 maja 2022 r., nie zawierają bowiem dowodów w zakresie wyliczenia ceny odnoszących się do całości zamówienia. Takie szczątkowe wyjaśnienia (skupiające się na oszczędności w zakupie paliwa czy niskich kosztach utylizacji gruzu) nie pozwalają bowiem na prześledzenie sposobu w jaki została wyliczona cena oferty. W szczególności, kosztorys (załącznik nr 1 do wyjaśnień FB-JELCZ z dnia 19 maja 2022 r.) nie zawiera żadnych danych, które pozwalałyby ustalić wartość poszczególnych czynników cenotwórczych, takich jak: koszty bezpośrednie (jak chociażby: robocizna, praca sprzętu, utylizacja poszczególnych frakcji odpadów, zakup materiału zasypowego, organizacja zaplecza budowy i inne), koszty pośrednie czy zysk.

1.2.2. Brak wykazania szczególnego, wyjątkowego charakteru warunków przytoczonych przez FB-JELCZ.

Odnosząc się do przedstawionych przez FB-JELCZ „wyjaśnień" należy podnieść, że wykonawca nie udowodnił, że okoliczności, na które się powołuje mają charakter wyjątkowy, niedostępny innym przedsiębiorcom obecnym na rynku. (...) W przypadku zamówienia objętego niniejszym postępowaniem, czynniki takie jak maksymalna mechanizacja prac rozbiórkowych czy posiadanie wykwalifikowanych pracowników powinny być uwzględnione w ofercie każdego wykonawcy, gdyż rozbiórki obiektów budowlanych nie mogą być realizowane bez dysponowania opisanymi zasobami.

1.2.3. Brak wykazania wpływu warunków przytoczonych przez FB-JELCZ na możliwość obniżenia ceny.

Po drugie, należy zauważyć, że wykonawca FB-JELCZ nie udowodnił jaki konkretnie wpływ na wysokość ceny miały poszczególne okoliczności, na które wykonawca powołał się w swoich wyjaśnieniach. (...) Analogicznie, w przypadku zamówienia objętego niniejszym postępowaniem, czynniki takie użycie maszyn wyburzeniowych, ładujących i samochodów ciężarowych oraz posiadanie własnego sprzętu i środków transportu powinny być uwzględnione w ofercie każdego wykonawcy, gdyż rozbiórki budynków nie mogą być realizowane bez dysponowania opisanymi zasobami. Co więcej, tego rodzaju okoliczności nie należą do kategorii faktów notoryjnych (niektórzy wykonawcy bazują na sprzęcie i innych zasobach posiadanych przez podwykonawców), a w związku z tym powinny zostać udowodnione.

I. 2.4. Brak wykazania istnienia warunków przytoczonych przez FB-JELCZ.

W konsekwencji, Odwołujący podkreśla, że wykonawca FB-JELCZ 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, koparkami, kruszarką oraz własnym transportem ponagabarytowym (niezbędnym do

przewiezienia sprzętu na teren rozbiórki). Wśród załączników do wyjaśnień brakuje dowodów potwierdzających te okoliczności (np. wykaz środków trwałych, kopia umów leasingu itp., dowody rejestracyjne pojazdów).

Reasumując, okoliczności przywołane w wyjaśnieniach nie zostały przez FB-JELCZ w żaden sposób udowodnione. Nawet gdyby zostały udowodnione, to nie przedstawiają one żadnej wartości dla oceny tej oferty w kontekście art. 224 ust. 5 Pzp, gdyż nie są to okoliczności, które w jakikolwiek sposób wyróżniałyby FB-JELCZ na tle pozostałych wykonawców funkcjonujących w tej branży. Nie są to przymioty, które dostępne są wyłącznie firmie FB-JELCZ i pozwalają osiągnąć przewagę konkurencyjną tak znaczną, aby umożliwiała ona wykonanie zamówienia oraz osiągnięcie zysku.

I.2.5. Brak wykazania kosztów bezpośrednich dla całości przedmiotu zamówienia.

1) Pracownicy

Wykonawca FB-JELCZ nie potwierdził zgodności zaoferowanej ceny z przepisami prawa dotyczącymi kosztów pracy oraz przepisami z zakresu prawa pracy i zabezpieczenia społecznego. W szczególności, wykonawca FB-JELCZ nie wykazał zarobków pracowników zatrudnionych w swoim przedsiębiorstwie, mimo że Zamawiający w wezwaniu do złożenia wyjaśnień żądał również przedstawienia dowodów na poparcie wskazanych okoliczności/...)

2) Sprzęt

Pomimo przedstawienia twierdzeń dotyczących dysponowania własnym potencjałem sprzętowym i taborem transportowym, FB-JELCZ zaniechał przedstawiania jakichkolwiek dowodów w celu wykazania, że dysponuje własnym zamortyzowanym sprzętem budowlanym (np. ewidencji środków trwałych). Ponadto, nie wyjaśniono kosztów związanych z najmem, leasingiem bądź amortyzacją, serwisem i eksploatacją ww. sprzętu. Brakuje dowodów potwierdzających koszt transportu sprzętu na teren rozbiórki (nie wykazano okoliczności dysponowania własnym transportem ponadgabarytowym).

Koszt pracy sprzętu nie zostały w żaden sposób ukazane w „kosztorysie" załączonym do wyjaśnień. Wyjaśnienia nie zawierają jakichkolwiek dowodów potwierdzających rzetelność poszczególnych stawek jednostkowych zaprezentowanych w kalkulacji.

Ponadto, wykonawca FB-JELCZ nie udowodnił żaden sposób, że w deklarowanym terminie wydajność pracy jego sprzętu pozwoli na wykonanie rozbiórki mechanicznej obiektów o kubaturze opisanej w SWZ. Kalkulacja wykonawcy FB-JELCZ opiera się zatem na jego gołosłownych twierdzeniach w tym zakresie, które nie zostały poparte dowodami.
W konsekwencji, przedstawione wyjaśnienia nie poddają się w żaden sposób obiektywnej kontroli. Co istotne, FB-JELCZ nigdzie nie podaje ile i jakiego rodzaju środki transportu posiada w swojej dyspozycji. (...)

3) Transport odpadów oraz materiałów

Również w przypadku kosztów transportu (kosztów pracy samochodów ciężarowych) w żaden sposób nie wyjaśniono ani nie udowodniono, że koszty te uwzględniono w cenie oferty. Dotyczy to w szczególności kosztów transportu odpadów i kosztów przywozu materiału do zasypania fundamentów. Wykonawca nie potwierdził, że dysponuje własnymi samochodami ciężarowymi (brak dowodów). Nie wiadomo jakie elementy składają się na koszt transportu, nie wykazano kosztów zakupu paliwa (którego ceny dynamicznie rosną), amortyzacji, kosztów serwisu, ubezpieczenia. W konsekwencji, wykonawca FB-JELCZ nie wyjaśnił konkretnie i wyczerpująco zarówno kosztów pracy sprzętu i samochodów ciężarowych jak i kosztów pracy operatów.

4) Utylizacja odpadów

Wykonawca FB-JELCZ, nie udowodnił Zamawiającemu, że zamierza zgodnie z prawem i na warunkach rynkowych wykonać utylizację odpadów pochodzących z rozbiórki, innych niż gruz. Wykonawca FB-JELCZ nie przedstawił oferty (lub innego dowodu) na potwierdzenie kosztów utylizacji innych odpadów powstających w czasie rozbiórki, w tym więźby dachowej, papy, szkła i zmieszanych odpadów budowlanych oraz odpadów komunalnych zalegających w likwidowanym budynku.

Do wyjaśnień RNC nie załączono żadnych dowodów potwierdzających koszty utylizacji odpadów. W „wyjaśnieniach" brakuje informacji kto i za jaką cenę zajmie się utylizacją odpadów pochodzących z rozbiórki. Wszystkie materiały z rozbiórki bezwzględnie muszą być poddane utylizacji, na co wykonawca zobowiązany jest przedstawić Zamawiającemu dokumenty potwierdzające utylizację. Pozycja „wywóz śmieci" może odnosić się co najwyżej do „wywozu" odpadów komunalnych zalegających w likwidowanym budynku, jednak z całą pewnością nie obejmuje kategorii odpadów pobudowlanych, takich jak papa czy asfalt. Poza

tym pojęcie „wywozu" nie obejmuje utylizacji odpadów, tj. przekazania ich podmiotowi wykonującemu działalność regulowaną na podstawie stosownego pozwolenia.

Asfalt

Z kosztorysu inwestorskiego i przedmiaru wynika, że do rozbiórki przeznaczona jest nawierzchnia asfaltowa o powierzchni 11 300m2 o grubości warstwy asfaltu 7 cm. Oznacza to, że cena oferty powinna uwzględniać koszty utylizacji asfaltu (bez podbudowy) w ilości ok. 791 m3 (11300 m2 x 0,07 = 791 m3). Przy zastosowaniu współczynnika 1,4t (a jest to minimalny wskaźnik) otrzymujemy odpad asfaltowy o masie min. 1107 ton. Przyjmując minimalny koszt utylizacji asfaltu (30 zł a tonę), oznacza to niedoszacowanie ceny oferty na poziomie 33 210 zł.

Papa

W swoich wyjaśnieniach wykonawca FB-JELCZ całkowicie pominął kwestię ręcznego demontażu papy znajdującej się na dachu budynku (w sumie 10 540 m2) oraz utylizacji papy rozbiórkowej, co należało odczytać z pkt 13 kosztorysu inwestorskiego. Wykonawca pominął w cenie oferty koszty utylizacji znacznej ilości papy odpadowej w ilości ok. 158,1 t.. Minimalny koszt utylizacji papy (bez transportu), na który trzeba mieć zezwolenie, wynosi 600 zł netto x 158,1 ton = 94 860 zł

Materiały z rozbiórki sieci wodociągowej i kanalizacji sanitarnej

Z kosztorysu załączonego wyjaśnień FB-JELCZ wynika, że wykonawca zaoferował jedynie rozbiórkę sieci wodociągowej i kanalizacji sanitarnej, lecz nie zapewnił utylizacji odpadów wytworzonych podczas tej rozbiórki.

5) Zakup materiałów, w tym wykonanie zasypania miejsc po likwidowanych budynkach Wykonawca FB-JELCZ całkowicie pominął koszty związane z zakupem materiałów oraz wykonaniem zasypki miejsc, które powstaną po rozbiórce budynków (w tym fundamenty, piwnice). (...)

6) Koszty wykonania ogrodzenia terenu rozbiórki

Z kosztorysu załączonego wyjaśnień FB-JELCZ wynika, że wykonawca FB-JELCZ całkowicie pominął koszty związane wykonaniem ogrodzenia terenu rozbiórki, pomimo że taki element został opisany w OPZ.

7) „Bon" na zakup paliwa udzielony przez Gesso Sp. z o.o.

Odnosząc się do fragmentu wyjaśnień RNC przedstawionych przez FB-JELCZ w przedmiocie posiadania szczególnie korzystnych warunków zakupu paliwa od firmy Gesso Sp. z o.o. należy zwrócić uwagę na brak wiarygodnych przesłanek uzasadniających możliwość obniżenia ceny oferty ze względu na „bon" paliwowy.

Po pierwsze, w świetle zasad doświadczenia życiowego całkowicie niewiarygodnie brzmią twierdzenia FB-JELCZ dotyczące udzielenia mu „bonu" o wartości 50 000,00 zł przez sprzedawcę paliwa (Gesso Sp. z o.o.). Tego rodzaju bon na zakup paliwa (udzielony rzekomo w Nowym Roku) stanowi okoliczność zupełnie nieprawdopodobną i niespotykaną na rynku. O ile w obrocie funkcjonują mechanizmy pozwalające na indywidualne negocjowanie cen jednostkowych paliwa (czy to z uwagi na długoletnią współpracę czy też znaczny wolumen zakupów), o tyle zupełnie nie spotykane jest proponowanie nabywcom „bonu" pozwalającego na bezpłatny zakup paliwa do określonego limitu kwotowego.

Po drugie, warto zauważyć, że „bon" o wartości 50 000,00 zł netto odpowiada zakupowi paliwa w ilości ok. 7 898 l (przyjmując cenę 1 litra ON z wyjaśnień FB-JELCZ wynoszącą 6,33 zł netto). Zasady logicznego rozumowania nakazują krytycznie ocenić prawdziwość twierdzeń o udzieleniu „bonu", zwłaszcza że posiadając od dawna taki bon (czyli obietnicę udzielenia rabatu), FB-JELCZ dotychczas nie zrealizował „bonu", zostawiając sobie tę możliwość akurat na pokrycie kosztów paliwa na potrzeby rozbiórki w Żukowie.

8) Koszty utylizacji gruzu

Równie ostrożnie należy ocenić wiarygodność dowodu z dokumentu w postaci oferty na odbiór gruzu, która istotni odbiega od cen rynkowych. Zauważyć należy, że wystawcą oferty jest EKO-KRUSZ s.c. A. i S. B., zaś jednym ze wspólników FB-JELCZ Sp. z o. o. również jest S. B. S. B. reprezentuje zatem zarówno firmę FB-JELCZ Sp. z o. o. (jako członek zarządu) oraz podmiot udzielający wykonawcy oferty na odbiór gruzu od FB-JELCZ). Wykonawca Enerokon-Plus Sp. z o.o. zwrócił się do EKO-KRUSZ z zapytaniem o możliwość przyjęcia gruzu, jednak spotkał się z odmową „ze względu na podpisane 3-y miesięczne umowy ze stałymi dostawcami na dostawę gruzu".(...)

Reasumując, skoro wykonawca FB-JELCZ 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 powołuje się gołosłownie na swoje zaplecze techniczne, doświadczenie i możliwości organizacyjne.

II. Zarzuty związane z brakiem wykazania spełniania warunków działu w postępowaniu oraz wprowadzeniem Zamawiającego w błąd.

W ocenie Odwołującego oferta FB-JELCZ podlega odrzuceniu również z tego względu, że została złożona przez wykonawcę niespełniającego warunków udziału w postępowaniu, bowiem FB-JELCZ nie wykazał się wykonaniem nie wcześniej niż w okresie ostatnich pięciu lat przed upływem terminu składania ofert, a jeżeli okres prowadzenia działalności jest krótszy - w tym okresie, co najmniej jednej roboty budowlanej polegającej na rozbiórce budynku lub/i zespołu budynków o wartości co najmniej 500 000,00 zł brutto. Mało tego, Zamawiający zobowiązany jest podjąć decyzję o wykluczeniu wykonawcy FB-JELCZ z postępowania, który w wyniku lekkomyślności lub niedbalstwa przedstawił informacje wprowadzające Zamawiającego w błąd, polegające na zapewnieniu Zamawiającego, że w ramach zadania pn. „Budowa magazynu w Porcie Gdański przy Nabrzeżu Wiślanym w Gdańsku przy ul. Chodeckiego dla Krajowej Spółki Cukrowej S.A." wykonawca FB-JELCZ zrealizował co najmniej jedną robotę budowlaną polegającą na rozbiórce budynku lub/i zespołu budynków o wartości co najmniej 500 000,00 zł brutto, podczas gdy obiekty zasobni A i zasobni zadaszonej B nie stanowią budynków w rozumieniu prawa budowlanego, co mogło mieć istotny wpływ na decyzje podejmowane przez Zamawiającego w postępowaniu o udzielenie zamówienia. Obiekty takie jak zasobnie portowe nie stanowią budynków w rozumieniu prawa budowlanego, podczas gdy wykonawca FB-JELCZ zapewnił Zamawiającego, że jest inaczej. W konsekwencji, wykonawca poinformował Zamawiającego, że spełnia warunki udziału w postępowaniu, albowiem wartość rozbiórki (prawdopodobnie obu zasobni) wynosiła 858 651,00 zł netto, 1 056 140,73 zł brutto. W przypadku gdy zasobnie okazałyby się nie spełniać definicji budynku w rozumieniu prawa budowlanego, powyższe zachowanie wykonawcy mogło mieć istotny wpływ na decyzje podejmowane przez Zamawiającego w postępowaniu o udzielenie zamówienia, albowiem skutkowało dokonaniem wyboru oferty FB-JELCZ. (...)"

W związku z powyższym odwołujący wniósł o nakazanie zamawiającemu:

1) unieważnienia czynności wyboru oferty najkorzystniejszej,

2) odrzucenia ofert wykonawcy FB-JELCZ,

3) wykluczenia FB-JELCZ z postępowania,

4) powtórzenia czynności oceny ofert i wyboru oferty najkorzystniejszej.

Pismem z dnia 05.09.2022 r. wykonawca FB-JELCZ sp. z o.o., ul. Polna 45, 80-209 Chwaszczyno (dalej: „przystępujący"), zgłosił przystąpienie do postępowania odwoławczego po stronie zamawiającego. Izba stwierdziła, że przystąpienie zostało dokonane skutecznie.

Pismem z dnia 09.09.2022 r. zamawiający złożył odpowiedź na odwołanie, w której wniósł o jego oddalenie. Pismem z dnia 09.09.2022 r. przystępujący przedstawił swoją argumentację.

W trakcie rozprawy strony i przystępujący podtrzymali swoje stanowiska w zakresie zarzutu dotyczącego rażąco niskiej ceny.

Ponadto odwołujący cofnął zarzuty nr 4 i 5 dotyczące spełnienia warunku udziału w postępowaniu i wprowadzenia zamawiającego w błąd, zatem w tym zakresie postępowanie odwoławcze podlegało umorzeniu na podstawie art. 568 pkt 1 ustawy Pzp.

Krajowa Izba Odwoławcza ustaliła, co następuje:

Przedmiotem zamówienia jest rozbiórka budynku produkcyjnego i dwóch obiektów pomocniczych usytuowanych w Żukowie oraz uporządkowanie terenu po niej.

W pkt XIX swz zamawiający wskazał m.in.:

1. Wykonawca w Formularzu ofertowym podaje cenę ryczałtową w rozumieniu art. 632 ustawy z dnia 23 kwietnia 1964 r. Kodeks cywilny (t.j. Dz. U. z 2020 r. poz. 1740 z późn. zm.) brutto za całość zamówienia.

2. Cena ofertowa musi zawierać wszystkie składniki cenotwórcze oraz należny podatek VAT (dotyczy ceny brutto), w przypadku kiedy występuje. Nieuwzględnienie przez wykonawcę jakichkolwiek kosztów związanych z wykonaniem przedmiotu zamówienia na etapie złożenia oferty, nie będzie podstawą roszczeń wykonawcy w stosunku do zamawiającego, zarówno w trakcie realizacji przedmiotu zamówienia, jak i po jego wykonaniu.

W postępowaniu złożono 17 ofert z cenami od 190.000,00 zł brutto do 4.317.072,60 zł brutto. Kwota przeznaczona na sfinansowanie zamówienia wynosi 5.484.988,51 zł brutto.

Przystępujący złożył ofertę z ceną 1.894.202,41 zł brutto, zaś odwołujący - z ceną 3.136.500,00 zł brutto.

Wartość szacunkowa zamówienia wynosi 4.459.340,25 zł netto, co stanowi 5.484.988,51 zł brutto. Średnia arytmetyczna ofert wynosi 1.676.371,64 zł brutto. Cena oferty przystępującego jest więc o 65,47% niższa od wartości szacunkowej zamówienia powiększonej o VAT oraz o 11,5% wyższa od średniej arytmetycznej ofert.

Pismem z dnia 17.05.2022 r. zamawiający, na podstawie art. 224 ust. 1 ustawy Pzp, wezwał przystępującego do złożenia wyjaśnień, w tym złożenia dowodów, w przedmiocie ceny jego oferty.

Pismem z dnia 19.05.2022 r. przystępujący udzielił wyjaśnień:

„Firma FB-JELCZ Sp. z o. o. oświadcza, że całość zamówienia wykona siłami własnymi. Uwzględniając wszystkie założenia, i naszą kalkulację na etapie ofertowania realizacji Inwestycji Firma FB-JELCZ Sp. z o. o. podtrzymuje wykonanie zamówienia za cenę: brutto: 1 894 202,41 zł

W celu potwierdzenia kalkulacji poniżej przedstawiamy składniki cenotwórcze:

1. Kosztorys ofertowy(zał. nr 1)

2. Koszt paliwa: Firma FB-JELCZ Sp. z o. o. posiada własne zbiorniki paliw, co wiąże się z hurtowym zakupem oleju napędowego, dlatego też koszta eksploatacyjne samochodów i maszyn są niższe niż przy użytkowaniu zewnętrznych stacji paliwowych (zał. nr 2)

3. Lokalizacja w/w zadania jest blisko siedziby naszej firmy, co ułatwia koordynację prac i obniża koszty realizacji zadania(zał. nr 3)

4. Oświadczamy, iż posiadamy własny park maszynowy:

- koparki gąsienicowe
- koparki kołowe
- koparko- ładowarki
- ładowarki
- mini koparki na gąsienicach gumowych
- kruszarki
- przesiewacze
- młoty wyburzeniowe
- szczęki kruszące oraz flotę samochodów ciężarowych:

- samochody samowyładowcze

- samochody dostawcze

- samochody z naczepami, niskopodwoziówka, platforma do przewozu materiałów

- samochody typu hakowiec wraz z kontenerami na odpady co automatycznie niweluje koszta związane z wynajmem sprzętu.

5. Współpracujemy ze składem recyklingu i kruszyw EKO-KRUSZ s.c. A.S. B., dzięki czemu ponosimy niższe koszta utylizacji odpadów (zał. nr 4).

6. Oświadczamy, że wszyscy pracownicy firmy przewidziani na w/w zadanie są zatrudnieni na umowę o pracę co wiąże się z pełną dyspozycyjnością w zasobach ludzkich oraz o 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. (zał. nr 5). Ponadto każdy z pracowników posiada aktualne badania lekarskie orzeczenie o zdolności do wykonywania pracy, szkolenia bezpieczeństwa i higieny pracy (BHP), oraz wiedzę niezbędną do prawidłowego wykonania robót. (zał. nr 6)

7. Informujemy, iż posiadamy polisę ubezpieczeniową na kwotę 5 000 000,00 zł (zał. nr 7).

8. Oświadczenie odnośnie zgodności wykonania zamówienia z przepisami z zakresu prawa pracy i zabezpieczenia społecznego (zał. nr 8).

Poniżej, w załącznikach przedstawiamy dokumenty które potwierdzają zasoby posiadane przez firmę FB-JELCZ Sp. z o. o. z siedzibą w Chwaszczynie przy ul. Polnej 45.:

Zał. nr 1. Kosztorys

Zał. nr 2. Faktura VAT zakupowa z dnia 12.05.2022 r.- dokumentująca cenę paliwa

Zał. nr 3. Mapka - potwierdzająca odległość

Zał. nr 4. Oświadczenie EKO-KRUSZ - utylizacja odpadów

Zał. nr 5. Zaświadczenie ZUS o ilości zatrudnionych pracowników

Zał. nr 6. Zaświadczenie BHP

Zał. nr 7. Polisa OC

Zał. nr 8. Oświadczenie."

Pismem z dnia 02.06.2022 r. zamawiający ponownie wezwał przystępującego do złożenia wyjaśnień w przedmiocie ceny jego oferty z uwagi na to, że poprzednio złożone „nie uwiarygodniają w sposób wystarczający realizacji przedmiotowego zamówienia w zaoferowanej cenie". Zamawiający wezwał o wyjaśnienia dotyczące:

„1) kosztów paliwa. Z faktury nr GD4/22/05/041 z dnia 12.05.2022 r. dołączonej do wyjaśnień nie wynika aby Wykonawca posiadał jakieś ceny hurtowe, upusty o których pisze w pkt 2 Wyjaśnień. Cena netto bez rabatu (kol. 6) jest taka sama jak cena jedn. netto (kol. 8). Poza tym w kol. 7 tj. Narzut Rabat (%) widnieje 0,00.

2) posiadania własnych zbiorników paliw. Jak przekłada się posiadanie własnych zbiorników paliw na wykonanie przedmiotowego zamówienia w zaoferowanej cenie".

Pismem z dnia 07.06.2022 r. przystępujący udzielił wyjaśnień:

„1) Firma FB-JELCZ Sp. z o. o. informuję, iż na fakturze nie jest oznaczony rabat, lecz cena paliwa zakupionego przez nas jest niższa od cen paliw na stacjach, co udowodnimy poniżej: Koszt paliwa. Przedstawiona Państwu faktura nr GD4/22/05/041 z dnia 12.05.2022 r.

pokazuje cenę już po rabacie dlatego też w rubryce „narzut / rabat" widnieje 0%. Cena w hurcie ORLEN z dnia 12.05.2022 wynosi 6,582 zł za litr w fakturze widnieje kwota 6,330 zł za litr, różnica w cenie jest już o 0,252 gr mniejsza niż w hurcie (w załączniku nr 1 wydruk archiwalny cen paliw z ORLEN).

Cena oleju napędowego zgodnie z fakturą nr GD4/22/05/041 z dnia 12.05.2022 wynosi 6 330,00 zł / m 3 czyli w przeliczeniu 6,33 zł / l netto + 8% VAT czyli 6,84 zł brutto. Cena na

stacjach w tym okresie wynosiła 7,03 zł / l netto, czyli 7,59 zł / l brutto, na potwierdzenie czego załączamy fakturę nr 7914/F/237/22 z dnia 11.05.2022. Jak widać różnica wynosi 0,75 zł. Zbiornik paliwowy samochodu ciężarowego ma pojemność około 600 1, więc różnica cenowa przy tankowaniu pełnego zbiornika wynosi aż 450,00 zł. Przy większej ilości aut redukuje to znacznie koszty Inwestycji, co również udowodnimy poniżej:

Szacunkowa ilość odpadów na przewidzianej inwestycji to 23 832,95 t.

Samochód podczas jednego kursu może załadować 24 tony. Ilość kursów przy powyższej ilości odpadów wynosi: 994.

Odległość zakładu utylizacji (zgodnie z mapką — załącznik nr 7) wynosi 14 km, odległość w dwie strony: 28 km.

Ilość kursów x odległość = 994 x 28 km = 27 832,00 km

Samochód spala 38 1 / 100 km.

Zużyte paliwo przy powyższej Inwestycji wyniesie: 10 576,16 1.

Licząc koszty przy cenach paliwa w jakich skupuje je firma FB-JELCZ Sp. z o. o. zużyte paliwo wyniesie: 72 340,93 zł.

Dodatkowo załączamy oświadczenie firmy GESSO Sp. z o. o. (zał. nr 2), które informuje Zamawiającego o bonie paliwowym o wartości 50 000,00 zł czyli odliczając od kwoty 72 340,93 zł — 50 000,00 zł firma FB-JELCZ Sp. z o. o. przeznaczy na powyższa Inwestycję 22 340,93 zł na paliwo (zał. nr 3).

2) Ze względu na posiadanie przez firmę FB-JELCZ Sp. z o. o. własnych zbiorników paliwowych o łącznej pojemności 22 000,00 litrów jesteśmy w stanie po podpisaniu umowy zgromadzić duże ilości oleju napędowego i wykonać zadanie nie obawiając się o wzrost cen paliw oraz niespodziewaną inflację. Jednocześnie posiadanie własnych zbiorników ma także duży wpływ logistyczny tzn. każde auto na koniec dnia musi być zatankowane do pełna co pozwala na ograniczenie czasu jaki musiałby by poświęcić kierowca na tankowanie na stacjach zewnętrznych (zbaczanie z trasy w poszukiwaniu CPNu, oczekiwanie na tankowanie, płatność, czas oczekiwania na dokument — fakturę VAT).

3) Nasza firma posiada nową bezawaryjną flotę, której emisja spalin mieści się w normach EURO 6, przez co też spalanie jest o wiele niższe i bardziej ekologiczne.

4) Jesteśmy firmą z 30 letnim doświadczeniem, posiadamy wykwalifikowaną kadrę pracowniczą oraz kierowników robót z wieloletnim doświadczeniem. Ponadto realizowaliśmy liczne inwestycje publiczne, które były zakończone zawsze w terminie oraz Zamawiający cenili sobie naszą współpracę.

5) Od początku istnienia firmy EKO-KRUSZ s.c. nawiązaliśmy ścisłą współpracę. EKO-KRUSZ posiada wszelkie niezbędne decyzje na przetwarzanie i zbieranie odpadów oraz wystawia niezbędne karty przekazania odpadów.

Odległość EKO-KRUSZ od naszej firmy wynosi 1,2 km (załącznik — mapa nr 1), a od Inwestycji 14 (załącznik — mapa nr 2) km. Spośród konkurencji jesteśmy firmą, która ma najkrótszą trasę do pokonania w celu wywozu i utylizacji materiałów. Odległość 14 km w jedną stronę jest bardzo krótka i zajmuje mato czasu ponieważ w godzinach porannych wynosi ok 13 minut zaś w godzinach większego natężenia ruchu od 18 minut do 23 minut w jedną stronę. Wyspecjalizowana kadra naszych pracowników w tym operatorów jest w stanie załadować auto odpadem z rozbiórki w 10 minut. Tak więc 1 kurs auta z przejazdem (tam i z powrotem) oraz załadunkiem kształtuje się w granicach od 45 minut do 1 godziny. Dysponujemy bardzo dużą flotą samochodów ciężarowych w tym: 3-oś, 4-oś, łódki, hakowce oraz kontenery na odpady o pojemnościach od 7 m 3 do 20 m 3 (łączna ilość kontenerów to 47 szt). Wszystkie te czynniki powodują, że jesteśmy wykonać to zadanie siłami własnymi bez konieczności wynajmu firm zewnętrznych co ma bardzo duży wpływ na przedstawioną cenę w kosztorysie.

Uwzględniając wszystkie założenia, i naszą kalkulację na etapie ofertowania realizacji Inwestycji Firma FBJELCZ Sp. z o. o. podtrzymuje wykonanie zamówienia za cenę: brutto: 1 894 202,41 zł

Spis załączników:

1. Hurtowe ceny paliw

2. Oświadczenie Gesso Sp. z o. o.

3. Oświadczenie FB-JELCZ Sp. z o. o.

4. Faktura paliwowa GD4/22/05/041 z dnia 12.05.2022

5. Faktura paliwowa 7914/F/237/22 z dnia 11.05.2022

6. Mapa nr 1

7. Mapa nr 2.”

Pismem z dnia 30.06.2022 r. zamawiający poinformował o wyborze najkorzystniejszej oferty, a także o odrzuceniu 15 ofert, w tym oferty przystępującego. Oferta ta została odrzucona na podstawie art. 226 ust. 1 pkt 8 w zw. z art. 224 ust. 6 ustawy Pzp, a w uzasadnieniu zamawiający wskazał: „Złożone przez Wykonawcę wyjaśnienia wraz z dowodami nie uzasadniają w sposób wystarczający podanej w ofercie ceny. Wyjaśnienia udzielone przez Wykonawcę z dnia 19.05.2022 r. oraz z dnia 7.06.2022 r. w zakresie rażąco niskiej ceny nie były wyczerpujące, konkretne i przekonujące dla Zamawiającego aby wykonać przedmiot zamówienia w zaoferowanej cenie. W związku z powyższym Oferta zawiera rażąco niską cenę w stosunku do przedmiotu zamówienia”.

W dniu 05.07.2022 r. przystępujący wniósł odwołanie zarzucając zamawiającemu niezasadne odrzucenie jego oferty oraz ogólnikowe uzasadnienie czynności odrzucenia. Wyrokiem z dnia 19.07.2022 r. (sygn. akt KIO 1783/22) Izba uwzględniła zarzut dotyczący niewystarczającego uzasadnienia czynności odrzucenia oferty i nakazała zamawiającemu unieważnienie czynności wyboru oferty najkorzystniejszej, unieważnienie czynności odrzucenia oferty FB-JELCZ oraz powtórzenie czynności badania i oceny ofert, z uwzględnieniem oferty złożonej przez tego wykonawcę.

W wyniku powtórzenia czynności oceny ofert, pismem z dnia 26.08.2022 r. zamawiający poinformował o odrzuceniu 14 ofert i wyborze jako najkorzystniejszej oferty przystępującego.

Krajowa Izba Odwoławcza rozpoznając na rozprawie złożone odwołanie i uwzględniając dokumentację z niniejszego postępowania o udzielenie zamówienia publicznego oraz stanowiska stron i przystępującego złożone na piśmie i podane do protokołu rozprawy, zważyła, co następuje.

W pierwszej kolejności Izba ustaliła wystąpienie przesłanek z art. 505 ust. 1 ustawy Pzp, tj. istnienie po stronie odwołującego interesu w uzyskaniu zamówienia oraz możliwość poniesienia przez niego szkody z uwagi na kwestionowane zaniechanie zamawiającego.

Ponadto Izba stwierdziła, że nie została wypełniona żadna z przesłanek ustawowych skutkujących odrzuceniem odwołania, wynikających z art. 528 ustawy Pzp.

Zgodnie z art. 224 ust. 1, 3, 5 i 6 ustawy Pzp:

1. 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.

3. Wyjaśnienia, o których mowa w ust. 1, 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.

5. Obowiązek wykazania, że oferta nie zawiera rażąco niskiej ceny lub kosztu spoczywa na wykonawcy.

6. Odrzuceniu, jako oferta z rażąco niską ceną lub kosztem, podlega oferta wykonawcy, który nie udzielił wyjaśnień w wyznaczonym terminie, lub jeżeli złożone wyjaśnienia wraz z dowodami nie uzasadniają podanej w ofercie ceny lub kosztu.

Zgodnie z art. 226 ust. 1 pkt 5 i pkt 8 ustawy Pzp, zamawiający odrzuca ofertę, jeżeli:

5) jej treść jest niezgodna z warunkami zamówienia,

8) zawiera rażąco niską cenę lub koszt w stosunku do przedmiotu zamówienia.

W pierwszej kolejności należy odnieść się do kwestii zapadłego w tym samym postępowaniu wyroku KIO z dnia 19.07.2022 r. o sygn. akt 1783/22. Należy podkreślić, że wbrew argumentacji zamawiającego i przystępującego w wyroku tym Izba nie odnosiła się i nie rozstrzygnęła zarzutu dotyczącego rażąco niskiej ceny w ofercie przystępującego. Izba rozstrzygnęła wyłącznie zarzut dotyczący niewystarczającego uzasadnienia faktycznego w piśmie z dnia 30.06.2022 r. informującym o odrzuceniu oferty przystępującego. Zamawiający i przystępujący cytowali podczas rozprawy fragment ww. wyroku: „Zdaniem Izby tego rodzaju uzasadnienie czynności odrzucenia możliwe byłoby co najwyżej w sytuacji gdyby i same wyjaśnienia były kilkuzdaniowe, nie poparte jakimikolwiek dowodami, tak, że zamawiający nie byłby w stanie odnieść się do nich merytorycznie w bardziej szczegółowy sposób. Dostrzeżenia wymagało jednak, że w analizowanym postępowaniu odwołujący składał zamawiającemu 19 maja 2022 r. oraz 7 czerwca 2022 r. merytoryczne wyjaśnienia ceny ofertowej obrazujące sposób kalkulowania przez niego tej ceny, które popierał załączanymi przez siebie dowodami.”. Należy zauważyć, że w ww. fragmencie Izba wskazała jedynie, że jednozdaniowe uzasadnienie pisma o odrzuceniu oferty byłoby

wystarczające, gdyby wyjaśnienia przystępującego były kilkuzdaniowe i niepoparte dowodami, natomiast w sytuacji gdy wyjaśnienia te zawierały treści merytoryczne i załączone dowody, uzasadnienie odrzucenia oferty było, zdaniem Izby, zbyt lakoniczne. W żadnym miejscu tego wyroku Izba nie dokonała jednak oceny, że złożone przez przystępującego wyjaśnienia są rzetelne i potwierdzają realność ceny jego oferty. W szczególności wskazany przez Izbę fakt, że wyjaśnienia te zawierały jakieś treści merytoryczne i jakieś załączone dowody, nie oznacza automatycznie stwierdzenia przez Izbę, że ww. treści i dowody są wyczerpujące, konkretne, wiarygodne i przekonujące co do rzetelnej kalkulacji ceny przez przystępującego. Ww. treści merytoryczne i załączone dowody obligowały natomiast zamawiającego do podania pełnego i konkretnego uzasadnienia faktycznego czynności odrzucenia oferty, o czym świadczy inny fragment tegoż wyroku: „Tak zebrany materiał dowodowy powinien stanowić podstawę ustalenia przez zamawiającego czy obala domniemanie zaoferowania rażąco niskiej ceny czy też nie. Jeśli zamawiający, z sobie tylko znanych powodów, doszedł do wniosku, że powyższe domniemanie nie zostało obalone, to powinien jak najbardziej szczegółowo opisać, dlaczego tak uważa. Jeśli zamawiający doszedł do wniosku, że wyjaśnienia były niewyczerpujące, to powinien wskazać, jakich konkretnie elementów w wyjaśnieniach zabrakło i dlaczego uważa, że powinny się one tam znaleźć. Jeśli wyjaśnienia były niekonkretne i nieprzekonujące to zamawiający również powinien umieć wyjaśnić, dlaczego ocenia je jako niewiarygodne, z jakich powodów odmawia wiarygodności przedstawionym wyjaśnieniom czy dowodom. Tego rodzaju argumentacji próżno było szukać w jednozdaniowym uzasadnieniu czynności odrzucenia oferty odwołującego z dnia 30 czerwca 2022 r.” Z powodu właśnie niewystarczającego uzasadnienia czynności odrzucenia oferty Izba w wyroku KIO 1783/22 „stwierdziła, że

czynność odrzucenia oferty odwołującego z takim uzasadnieniem faktycznym, jakie znalazło się w piśmie zamawiającego z dnia 30 czerwca 2022 r., nie odpowiadała prawu i jako taka musi zostać unieważniona, a czynność badania i oceny ofert powtórzona".

Konkludując zatem: Izba w ww. wyroku nie rozpoznała w ogóle kwestii rażąco niskiej ceny w ofercie przystępującego i nie dokonała oceny złożonych przez niego wyjaśnień. Izba jedynie pokrótce opisała te wyjaśnienia, żeby wykazać brak wystarczającego uzasadnienia faktycznego w piśmie informującym o odrzuceniu oferty przystępującego. Przy czym należy także podkreślić, że nakazując zamawiającemu powtórzenie czynności badania i oceny ofert z uwzględnieniem oferty wykonawcy FB-JELCZ, Izba nie nakazała dokonania wyboru tej oferty jako najkorzystniejszej. Zatem po zapadnięciu wyroku KIO 1783/22 i wykonaniu czynności nakazanych przez Izbę, zamawiający mógł albo ponownie odrzucić ww. ofertę tym razem wskazując konkretne i wyczerpujące uzasadnienie faktyczne albo uznać, że oferta ta nie podlega odrzuceniu. Zamawiający przyjął, że oferta przystępującego nie podlega odrzuceniu z powodu rażąco niskiej ceny i wybrał ją jako najkorzystniejszą, co zostało zaskarżone w niniejszym odwołaniu z dnia 31.08.2022 r., zatem dopiero w obecnie prowadzonym postępowaniu odwoławczym kwestia rażąco niskiej ceny zostanie przez Izbę rozpoznana.

Jedynie na marginesie należy zauważyć, że ani zamawiający ani przystępujący nie wnosili o odrzucenie odwołania w oparciu o art. 528 pkt 5 ustawy Pzp, co świadczy o braku konsekwencji w świetle podnoszonej przez nich w pismach procesowych i na rozprawie argumentacji. Nie ma to jednak znaczenia, gdyż jak wskazano już wyżej, w ocenie Izby w składzie rozpoznającym niniejsze odwołanie, treść wyroku KIO 1783/22 nie dotyczyła w ogóle oceny oferty przystępującego pod kątem rażąco niskiej ceny, zatem nie zachodziła także podstawa do odrzucenia odwołania, co Izba ustaliła z urzędu.

Przechodząc zatem do kwestii merytorycznej podniesionej w niniejszym odwołaniu, przede wszystkim należy zauważyć, że jak podnoszono już w orzecznictwie KIO, w art. 224 ust. 5 ustawy Pzp, ustawodawca wskazał jednoznacznie, że obowiązek wykazania, że oferta nie zawiera rażąco niskiej ceny lub kosztu spoczywa na wykonawcy, który złożył ofertę z ceną budzącą wątpliwości. W przepisie mowa jest o „wykazaniu", czyli udowodnieniu, że cena nie jest rażąco niska. Tym samym wyjaśnienia wykonawcy nie mogą stanowić jedynie formalnej odpowiedzi na wezwanie zamawiającego, zawierającej ogólne informacje o działalności wykonawcy lub deklaracje co do realizacji zamówienia za zaoferowaną cenę, niepoparte stosownymi dowodami. Wyjaśnienia wykonawcy muszą być na tyle konkretne i szczegółowe, aby na ich podstawie zamawiający był w stanie dowiedzieć się, jakie okoliczności właściwe wzywanemu do wyjaśnień wykonawcy, spowodowały obniżenie ceny jego oferty, w jaki sposób okoliczności te spowodowały obniżenie ceny i jakich oszczędności wykonawca mógł dzięki nim dokonać. W zależności od charakteru przedmiotu zamówienia, wykonawca powinien wykazać przykładowo: ceny poszczególnych materiałów, ceny ofertowe dostawców, przyjętą technologię i organizację usług/robót, koszty wynagrodzeń, koszty podwykonawców, koszty stałe (paliwo, energia), koszty zarządzania, koszty zabezpieczenia należytego wykonania umowy, koszty ubezpieczenia, rezerwę, zysk. Obowiązkiem wykonawcy jest zatem przedstawienie takich składników i wykazanie indywidualnych czynników wpływających na to, że wykonawca mógł zaoferować tak niską cenę. Dodatkowo, ustawodawca wymaga, aby wskazane w wyjaśnieniach informacje były poparte dowodami, którymi mogą być przykładowo: oferty uzyskane od dostawców, w tym zawierające uzgodnione upusty, umowy wstępne z podwykonawcami, umowy z osobami, które będą realizować zamówienie wraz z ich wynagrodzeniem, czy zawarte w samych wyjaśnieniach obliczenia wskazujące na prawidłowość kalkulacji cenowej i zysk. Brak udzielenia przez wykonawcę wyjaśnień lub udzielenie wyjaśnień, w których wykonawca nie udowodnił, że cena oferty nie jest rażąco niska, obliguje zamawiającego do odrzucenia oferty. Tym samym od rzetelności wyjaśnień wykonawcy zależy jego dalszy udział w postępowaniu.

W przedmiotowym postępowaniu przystępujący był dwukrotnie wzywany do złożenia wyjaśnień w przedmiocie ceny swojej oferty. Na podstawie tych wyjaśnień i złożonych dowodów Izba ustaliła, że:

1) kosztorys ofertowy dołączony do wyjaśnień z dnia 19.05.2022 r. zawierał bardzo ogólny opis każdej z 13-tu pozycji (typu: rozbiórka część główna wraz z wywozem i utylizacją, rozbiórka wiata stalowa wraz z wywozem i utylizacją, rozbiórka - sieć wodociągowa), co skutkowało tym, że nie wiadomo, jak zostały policzone czynniki cenotwórcze, takie jak wskazane w odwołaniu: robocizna, praca sprzętu, utylizacja poszczególnych frakcji odpadów, zakup materiału zasypowego, organizacja zaplecza budowy, koszty pośrednie czy zysk, nie wiadomo zatem, co się mieści w cenach jednostkowych podanych dla tak ogólnie opisanych pozycji i jak to zostało skalkulowane,

2) w ww. kosztorysie nie uwzględniono w ogóle kosztów utylizacji sieci kanalizacyjnej i sieci wodociągowej (w opisie tych pozycji nie ma wskazanej utylizacji),

3) mimo że w zamówieniu polegającym na rozbiórce utylizacja jest niewątpliwie jednym z ważniejszych zadań do wykonania, również w samych wyjaśnieniach (niezależnie od kosztorysu) nie wyodrębniono kosztów utylizacji poszczególnych odpadów, jak choćby papy, czy asfaltu. Wskazano jedynie na koszty utylizacji gruzu (przez dołączenie oświadczenia firmy Eko-Krusz), ale nie jest to jedyny odpad w tym zamówieniu,

4) w wyjaśnieniach nie wykazano kosztów wynagrodzeń osób, które będą wykonywać niniejsze zamówienie, nie dołączono także żadnych dowodów na wysokość tego wynagrodzenia, jedyny dowód - pismo z ZUS, wskazuje jedynie na liczbę zatrudnionych osób,

5) mimo powoływania się na posiadanie własnego sprzętu, co miałoby obniżać koszty wykonania zamówienia, nie dołączono do wyjaśnień żadnych dowodów potwierdzających tę własność i nie wykazano, jakiego rzędu obniżka ceny z tego wynika,

6) nie wykazano kosztów zasypywania fundamentów, w tym materiału do zasypywania i jego transportu.

Wyjaśnienia i dowody złożone przez przystępującego nie pozwalają zatem na ustalenie, jak cena oferty została skalkulowana i w efekcie, czy została skalkulowana prawidłowo z uwzględnieniem obowiązującego prawa i wszystkich elementów wchodzących w zakres zamówienia. Tym samym złożone przez przystępującego wyjaśnienia wraz z dowodami nie uzasadniają podanej w jego ofercie ceny, co wyczerpuje przesłankę odrzucenia tej oferty w oparciu o art. 224 ust. 6 w zw. z art. 226 ust. 1 pkt 8 ustawy Pzp.

Jednocześnie należy zauważyć, że w piśmie procesowym z dnia 09.09.2022 r. i na rozprawie przystępujący złożył nowy kosztorys z nową pozycją pn. „inne nieprzewidziane koszty", wykaz posiadanego sprzętu, a także szereg dodatkowych wyjaśnień, w których wskazał na okoliczności niepodnoszone uprzednio w wyjaśnieniach składanych zamawiającemu, jak np. możliwość wykorzystania do zasypywania fundamentów hałdy piasku znajdującej się na miejscu rozbiórki, czy możliwość sprzedania odpadów, w tym destruktu. Pomijając jednak to, że np. wykorzystanie ww. hałdy piasku nie zostało przewidziane w opisie przedmiotu zamówienia (Izba nie znalazła także wskazania takiej możliwości w odpowiedziach na pytania wykonawców dotyczące swz), a wykaz będący jedynie oświadczeniem nadal nie potwierdza własności sprzętu, przede wszystkim należy podkreślić, że zamawiający podejmował czynności w postępowaniu o udzielenie zamówienia w oparciu o wyjaśnienia udzielone przez przystępującego w toku tego postępowania, czyli wyjaśnienia z dnia 19.05.2022 r. i z dnia 07.06.2022 r. Tym samym składanie przez przystępującego nowych wyjaśnień czy dowodów dopiero w toku postępowania odwoławczego należy uznać za działania spóźnione, co w konsekwencji oznacza, że nie mogą one wpływać na ocenę prawidłowości czynności zamawiającego.

Odnosząc się z kolei do argumentacji przystępującego dotyczącej niezasadnego wezwania go do złożenia wyjaśnień z uwagi na wystąpienie oczywistych okoliczności, które nie wymagają wyjaśnienia, należy zauważyć, że jeżeli przystępujący dostrzegał takie okoliczności, to powinien był w terminie 5-ciu dni od otrzymania pierwszego wezwania do złożenia wyjaśnień (tj. do dnia 23.05.2022 r., zgodnie z art. 515 ust. 1 pkt 2 lit. a) w zw. z art. 509 ust. 2 ustawy Pzp) wnieść odwołanie na tę czynność zamawiającego. Skoro przystępujący we właściwych czasie nie kwestionował wezwania do złożenia wyjaśnień, obecnie argumentacja w tym zakresie jest już spóźniona.

Izba nie podzieliła także argumentacji zamawiającego odnoszącej się do faktu, że w przedmiotowym postępowaniu przewidziano wynagrodzenie ryczałtowe. Taki charakter wynagrodzenia nie zwalnia bowiem wykonawców z obowiązku złożenia szczegółowych i konkretnych wyjaśnień (wraz z dowodami) w sprawie cen ich ofert.

Izba nie rozpoznała ponadto zarzutu podniesionego przez odwołującego dopiero na rozprawie, tj. zarzutu dotyczącego tego, że przystępujący podał w wyjaśnieniach inną ilość metrów bieżących sieci wodno-kanalizacyjnej niż wynikająca z kosztorysu inwestorskiego. Zgodnie z art. 555 ustawy Pzp Izba nie może orzekać co do zarzutów, które nie były zawarte w odwołaniu. Ponadto art. 516 ust. 1 pkt 7 - 10 ustawy Pzp stanowi, że odwołanie powinno wskazywać czynność lub zaniechanie zamawiającego, którym zarzuca się niezgodność z przepisami ustawy, zawierać zwięzłe przedstawienie zarzutów, określać żądanie oraz wskazywać okoliczności faktyczne i prawne uzasadniające wniesienie odwołania.

Z przepisów tych wynika zatem, że samo wskazanie czynności zamawiającego oraz naruszonych przez niego przepisów ustawy nie tworzy zarzutu. Zarzut jest substratem okoliczności faktycznych i prawnych, które powinny być wskazane w odwołaniu i to właśnie one zakreślają granice rozpoznania odwołania. Oznacza to, że niezależnie od podstawy prawnej wskazanego naruszenia, nowe okoliczności faktyczne podnoszone dopiero na rozprawie stanowią nowe zarzuty, które nie były zawarte w odwołaniu. W związku z tym nie mogą one być brane pod uwagę w trakcie rozpoznania odwołania przez Izbę, gdyż byłoby to niezgodne z ww. przepisami obowiązującymi w postępowaniu odwoławczym przed Izbą. Dopuszczenie rozszerzania przez odwołujących zakresu zarzutów na rozprawie prowadziłoby też w istocie do przedłużenia ustawowego terminu na wnoszenie odwołań. Ponadto w razie rozpoznania przez Izbę nowych zarzutów rozszerzonych o okoliczności faktyczne niepodniesione w odwołaniu, doszłoby do zachwiania zasady równości stron cechującej kontradyktoryjne postępowanie odwoławcze, gdyż zamawiający o tym, jakie konkretnie zarzuty kierowane są pod jego adresem, dowiadywałby się dopiero na rozprawie, co uniemożliwiłoby mu przygotowanie argumentacji i zgromadzenie ewentualnych dowodów przemawiających na jego korzyść. Analogiczne zaburzenie zasady równości dotykałoby również przystępującego, którego oferta byłaby kwestionowana w odwołaniu. Dlatego też Izba, zgodnie z art. 555 ustawy Pzp, rozpoznając odwołanie pominęła podniesiony przez odwołującego na rozprawie nowy zarzut dotyczący różnicy w metrach bieżących sieci wodno-kanalizacyjnej, jako zarzut, który nie był zawarty w odwołaniu.

Odnosząc się z kolei do zarzutu niezgodności oferty z warunkami zamówienia, należy zauważyć, że udzielone przez przystępującego wyjaśnienia w sprawie ceny jego oferty świadczą o tym, że koszty określonych elementów wchodzących w zakres zamówienia albo nie zostały przez niego uwzględnione w kalkulacji ceny oferty albo nie zostały wykazane w wyjaśnieniach i załączonych dowodach. W oparciu o udzielone wyjaśnienia nie można natomiast przesądzić, że same te elementy wchodzące w zakres zamówienia nie zostały przez przystępującego uwzględnione, zwłaszcza że żadna taka informacja nie wynika z treści oferty. Innymi słowy: wyjaśnienia przystępującego nie świadczą jednoznacznie o tym, że określone elementy zamówienia nie zostały zaoferowane, a jedynie - że nie zostały wykazane w wyjaśnieniach bądź nie zostały należycie wycenione. Dlatego Izba nie znalazła podstaw do stwierdzenia naruszenia przez zamawiającego art. 226 ust. 1 pkt 5 ustawy Pzp. Przy czym z uwagi na uwzględnienie zarzutu naruszenia art. 224 ust. 6 i art. 226 ust. 1 pkt 8 ustawy Pzp, powyższe nie ma wpływu na wynik postępowania.

Wobec powyższego, Izba postanowiła jak w sentencji wyroku, orzekając na podstawie art. 552 ust. 1, art. 553 i art. 554 ust. 1 ustawy Pzp.

O kosztach postępowania orzeczono stosownie do wyniku, na podstawie art. 574 i art. 575 ustawy Pzp oraz w oparciu o przepisy § 7 ust. 1 pkt 1 w zw. z § 5 pkt 1 i pkt 2 lit. b) rozporządzenia w sprawie szczegółowych rodzajów kosztów postępowania odwoławczego, ich rozliczania oraz wysokości i sposobu pobierania wpisu od odwołania (Dz.U. z 2020 r. poz. 2437).

Wydając postanowienie o kosztach Izba nie uwzględniła kosztów wynikających z faktury i biletu złożonych przez przystępującego, ponieważ w niniejszym postępowaniu odwoławczym nie zaistniała żadna z sytuacji, o których mowa w szczególności w § 7 ust. 1 pkt 2 i 3, ust. 2 pkt 2 i 3, § 8 ust. 2 pkt 2 i 3 ww. rozporządzenia. Należy bowiem zauważyć, że zgodnie z ww. przepisami, koszty poniesione przez przystępującego są brane pod uwagę w postanowieniu o kosztach tylko wtedy, gdy zamawiający uwzględni odwołanie, a przystępujący po jego stronie wykonawca zgłosi sprzeciw wobec tego uwzględnienia. W niniejszym postępowaniu zamawiający nie uwzględnił odwołania, zatem przystępujący nawet nie mógł skorzystać z możliwości zgłoszenia sprzeciwu, a co za tym idzie - nie zaistniała sytuacja, w której koszty przystępującego (abstrahując w tym miejscu od wyniku postępowania odwoławczego) mogłyby być uwzględnione przy rozliczaniu kosztów przez Izbę.

Przewodniczący .....