

WYROK

z dnia 28 października 2022 r.

Krajowa Izba Odwoławcza - w składzie:

Przewodniczący: Emilia Garbala

Protokolant: Aldona Karpińska

po rozpoznaniu na rozprawie w dniu 28 października 2022 r. w Warszawie odwołania wniesionego do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej w dniu 17 października 2022 r. przez wykonawcę Energokon-Plus sp. z o.o., ul. Ludwika Mierosławskiego 3, 41-200 Sosnowiec,

w postępowaniu prowadzonym przez zamawiającego: Regionalne Centrum Gospodarki Wodno-Ściekowej S.A., Al. Marszałka Piłsudskiego 12, 43-100 Tychy,

orzeka:

1. umarza postępowanie odwoławcze w zakresie zarzutu dotyczącego naruszenia art. 226 ust. 1 pkt 8 i art. 224 ust. 6 w zw. z art. 16 pkt 1, 2 i 3 ustawy Prawo zamówień publicznych, w części w jakiej zarzut ten dotyczył oferty wykonawcy FIODOR sp. z o.o.,

2. w zakresie pozostałych zarzutów uwzględnia odwołanie i nakazuje zamawiającemu unieważnienie czynności wyboru najkorzystniejszej oferty, odtajnienie wyjaśnień dotyczących rażąco niskiej ceny wraz z załącznikami złożonych przez wykonawcę Grupa Wyburzeniowa DEMOLKA A. H. J. W. spółka cywilna, odrzucenie ofert wykonawców: Grupa Wyburzeniowa DEMOLKA A. H. J. W. spółka cywilna, HAMMER

Wyburzenia M. K. oraz WiW Plus 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: Regionalne Centrum Gospodarki Wodno-Ściekowej S.A., Al. Marszałka Piłsudskiego 12, 43-100 Tychy, 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: Regionalne Centrum Gospodarki Wodno-Ściekowej S.A., Al. Marszałka Piłsudskiego 12, 43-100 Tychy, 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 uiszczonych 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 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 2747/22

UZASADNIENIE

Zamawiający - Regionalne Centrum Gospodarki Wodno-Ściekowej S.A., Al. Marszałka Piłsudskiego 12, 43-100 Tychy, prowadzi w trybie podstawowym z możliwością negocjacji, postępowanie o udzielenie zamówienia publicznego pn. „Rozbiórka zbiornika biogazu o poj. 2000m³ na terenie Oczyszczalni Ścieków w Tychach-Urbanowicach”, numer referencyjny: EU/JNJ/rozbiórka_zbiornika/43/08/2022. Ogłoszenie o zamówieniu zostało opublikowane w Biuletynie Zamówień Publicznych w dniu 01.09.2022 r., nr 2022/BZP 00329358/01.

W dniu 17.10.2022 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 2022 r. poz. 1710 ze zm.), zwanej dalej: „ustawą Pzp”, poprzez dokonanie wyboru oferty wykonawcy DEMOLKA jako oferty najkorzystniejszej w niniejszym postępowaniu, podczas gdy wyjaśnienia tego wykonawcy złożone w odpowiedzi na wezwanie do wyjaśniania rażąco niskiej ceny zostały bezpodstawnie uznane za dokumenty niejawne zawierające tajemnicę przedsiębiorstwa i wykonawca ten nie wykazał, że ww. dokumenty zawierają informacje stanowiące tajemnicę przedsiębiorstwa w rozumieniu przepisów ustawy o zwalczaniu nieuczciwej konkurencji (t.j. Dz.U. z 2020 r. poz. 1913 ze zm.), zwanej dalej: „uznk”, a ponadto oferta ww. wykonawcy podlega odrzuceniu z powodu rażąco niskiej ceny,
 - 2) art. 18 ust. 1 i 3 ustawy Pzp w zw. z art. 11 ust. 2 uznk, poprzez błędne uznanie za skuteczne zastrzeżenia tajemnicy przedsiębiorstwa przez wykonawcę DEMOLKA, wskutek czego doszło do zaniechania ujawnienia odwołującemu całości wyjaśnień dotyczących rażąco niskiej ceny złożonych przez DEMOLKA w odpowiedzi na wezwanie zamawiającego z dnia 27 września 2022 r. wraz z ewentualnymi dowodami,
 - 3) art. 18 ust. 1 i 3 w zw. z art. 16 pkt 1, 2 i 3 ustawy Pzp, poprzez zaniechanie udostępnienia odwołującemu całości wyjaśnień dotyczących rażąco niskiej ceny złożonych przez wykonawcę DEMOLKA w odpowiedzi na wezwanie zamawiającego z dnia 27 września 2022 r. wraz z ewentualnymi dowodami oraz poprzez odmowę udostępnienia odwołującemu treści uzasadnienia zastrzeżenia tajemnicy przedsiębiorstwa, 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,
- 4) art. 226 ust. 1 pkt 8 i art. 224 ust. 6 w zw. z art. 16 pkt 1,2 i 3 ustawy Pzp, poprzez:
- zaniechanie odrzucenia ofert wykonawcy DEMOLKA jako oferty zawierającej rażąco niską cenę,
 - zaniechanie odrzucenia ofert wykonawcy HAMMER jako oferty zawierającej rażąco niską cenę,

- zaniechanie odrzucenia ofert wykonawcy FIODOR jako oferty zawierającej rażąco niską cenę,
- zaniechanie odrzucenia ofert wykonawcy WiW Plus jako oferty zawierającej rażąco niską cenę,

podczas gdy treść udzielonych przez ww. wykonawców wyjaśnień (w szczególności, wobec braku przedstawienia wiarygodnych dowodów) potwierdza, że oferty zawierają rażąco niskie ceny z przyczyn wskazanych w uzasadnieniu niniejszego odwołania, w wyniku czego doszło do zaniechania przeprowadzenia postępowania o udzielenie zamówienia w sposób zapewniający zachowanie uczciwej konkurencji i równe traktowanie wykonawców oraz zgodnie z zasadami proporcjonalności i przejrzystości.

W szczególności odwołujący podniósł, co następuje.

„II. Zaniechanie ujawnienia wyjaśnień dotyczących rażąco niskiej ceny złożonych przez wykonawcę DEMOLKA.

W dniu 12 października 2022 r., w odpowiedzi na wniosek Odwołującego o udostępnienie dokumentacji postępowania, Zamawiający poinformował, że przesłane przez wykonawcę DEMOLKA wyjaśnienie rażąco niskiej ceny pozostaje poufne ze względu na skutecznie zastrzeżoną przez oferenta tajemnicę przedsiębiorstwa.

Z kolei, w dniu 17 października 2022 r. Zamawiający poinformował Odwołującego, że również uzasadnienie zastrzeżenia tajemnicy przedsiębiorstwa przez wykonawcę DEMOLKA nie zostanie udostępnione z uwagi na tajemnicę przedsiębiorstwa. (...)

Odwołujący wskazuje, że roboty rozbiórkowe stanowiące przedmiot niniejszego zamówienia mają charakter standardowy. W tym przypadku nie występuje więc możliwość powoływania się na innowacyjną metodę wykonania zamówienia, szczególne „know-how” dostępne wyłącznie wykonawcy DEMOLKA, którego ujawnienie mogłoby narazić tego wykonawcę na szkodę. W przypadku robót rozbiórkowych podstawowymi składnikami kosztowymi są m.in.: koszty pracy ludzi, koszty pracy sprzętu (w tym zakup paliwa), koszty utylizacji odpadów, koszty zakupu materiałów zasypowych. Informacje o średnich wartościach tych kosztów są powszechnie dostępne. Dodatkowo, wykonawca ponosi koszty transportu, koszty zatrudnienia kierownika budowy lub kierownika robót, koszty organizacji i utrzymania zaplecza budowy, koszty zakwaterowania lub koszty dojazdu pracowników na budowę oraz ewentualne koszty wykonania projektu tymczasowej organizacji ruchu czy też koszty zajęcia pasa drogowego.

Z punktu widzenia należytego wykonania zamówienia znaczenie mają nakłady ilościowe tych składników kosztowych, które powinny wynikać z kalkulacji ceny oferty. Odwołujący powinien mieć możliwość weryfikacji w szczególności uzasadnienia kosztów oraz kalkulacji cenowej - w szczególności w zakresie analizy, czy koszty pracy zostały przyjęte na poziomie nie niższym niż minimalne wynagrodzenie za pracę. Odwołujący powinien również uzyskać możliwość weryfikacji dowodów wymaganych przez Zamawiającego. W szczególności - powinien móc przeanalizować, czy dowody załączone do wyjaśnień noszą bieżące daty i dotyczą aktualnych stawek kosztowych, czy też - przedstawiono dowody nieaktualne - odnoszące się do stawek nierynkowych. (...)

Odwołujący wskazuje, że ujawnienie przez DEMOLKA analogicznych wyjaśnień RNC złożonych w innych postępowaniach o udzielenie zamówienia - powoduje brak możliwości wskazywania, że zastrzeżone informacje:

- zastrzeżone informacje nie są powszechnie znane osobom zwykle zajmującym się tym rodzajem informacji albo nie są łatwo dostępne dla takich osób;
- uprawniony do korzystania z informacji lub rozporządzania nimi podjął, przy zachowaniu należytej staranności, działania w celu utrzymania ich w poufności.

(...) W ocenie Odwołującego wykonawca DEMOLKA nie wykazał wartości gospodarczej zastrzeżonych informacji - w przypadku przedmiotowego zamówienia, tj. robót wyburzeniowych - należałoby wykazać, jaką wartość gospodarczą posiada uzasadnienie kosztów wykonania rozbiórki, kalkulacja cenowa, jak również jednostkowe dowody, które ewentualnie mogły zostać załączone do tych wyjaśnień. (...) Wykonawca DEMOLKA nie wykazał szkody, jaka wiąże się z ujawnieniem zastrzeżonych informacji. Wykonawca nie wykazał również, że w stosunku do zastrzeżonych informacji podjął, przy zachowaniu należytej staranności, działania w celu utrzymania ich w poufności. (...)

III. Zaniechanie odrzucenia oferty DEMOLKA z powodu rażąco niskiej ceny
Odwołującemu nie udostępniono treści wyjaśnień dotyczących rażąco niskiej ceny złożonych przez wykonawcę DEMOLKA. Jednakże, w ocenie Odwołującego, wysokość zaoferowanej

przez ww. wykonawcę ceny nie pozostawia wątpliwości, że cena 47 355,00 zł brutto stanowi cenę rażąco niską, skalkulowaną poniżej minimalnych kosztów wykonania zamówienia, uniemożliwiającą należyte wykonanie zamówienia bez ponoszenia straty przez wykonawcę. Cena 47 355,00 zł brutto nie tylko drastycznie odbiega od kwoty przeznaczonej na sfinansowanie zamówienia przez Zamawiającego (552 883,77 zł brutto), ale również nie zbliża się nawet do jakiegokolwiek innej oferty złożonej w niniejszym postępowaniu. Nawet wyjaśnienia innych wykonawców (HAMMER oraz WiW Plus) - choć także obarczone błędem niedoszacowania - również świadczą, że koszty związane z pracą ludzi, pracą sprzętu, utylizacją odpadów, zakupem piasku zasypowego oraz inne wydatki związane z realizacją zamówienia w wyraźny sposób przewyższają cenę oferty DEMOLKA.

IV. Zaniechanie odrzucenia oferty HAMMER z powodu rażąco niskiej ceny.

Po pierwsze, wyjaśnienia udzielone przez HAMMER w piśmie z dnia 28 września 2022 r. nie spełniają podstawowego wymagania wynikającego z treści wezwania Zamawiającego z dnia 27 września 2022 r., nie zawierają bowiem dowodów w zakresie

- a) 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 lub przepisów odrębnych właściwych dla spraw, z którymi związane jest realizowane zamówienie;
- b) zgodności z przepisami z zakresu prawa pracy i zabezpieczenia społecznego, obowiązującymi w miejscu, w którym realizowane jest zamówienie.

Uzasadniając powyższe, wskazuję, iż trzy umowy z pracownikami na stanowisku „pracownik budowlany” nie stanowią dowodu na okoliczności zaoferowanej ceny z przepisami dotyczącymi kosztów pracy. Wykonawca nie udowodnił Zamawiającemu, że cena jego oferty zawiera w szczególności wynagrodzenie operatora koparki (brak dowodu na zatrudnienie operatora koparki). Przedstawiono jedynie umowy o pracę na stanowisku „pracownik budowlany”, gdy tymczasem poziom wynagrodzeń na specjalistycznym stanowisku „operator koparki” znacznie odbiega od minimalnego wynagrodzenia za pracę. (...)

Odnosząc się do przedstawionych przez HAMMER „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 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.

Ponadto, znaczna część wyjaśnień jest nie tylko gołosłowna, ale i całkowicie niezgodna z prawdą, jak chociażby twierdzenie o rzekomej „dogodnej” lokalizacji miejsca wykonania zamówienia. Tymczasem, odległość pomiędzy siedzibą wykonawcy HAMMER (Lgiń 13, 67-400 Wschowa) a miejscem wykonania zamówienia (ul. Lokalna 14 43-100 Tychy) to ponad 340 km w jedną stronę. (...)

Wykonawca HAMMER nie wykazał w żaden sposób, w jaki sposób zamierza poddać utylizacji gruz pochodzący z rozbiórki (nie udowodnił, że posiada zezwolenie na zagospodarowanie odpadów w postaci gruzu). Przetworzenie odpadu w postaci gruzu porozbiórkowego na kruszywo budowlane wymaga bowiem przeprowadzenia stosownych procesów technologicznych (kruszenia) na podstawie wymaganej przepisami prawa decyzji administracyjnej. Zakazane jest kruszenie odpadów w miejscu rozbiórki. Wykonawca nie udowodnił w najmniejszym stopniu, że dysponuje możliwością wytworzenia kruszywa budowlanego (w tym posiadanie kruszarki) w sposób zgodny z prawem (posiadanie decyzji na przetwarzanie odpadów) a także nie wykazał, że ma możliwość sprzedaży kruszywa pozyskanego z przetworzenia odpadów porozbiórkowych. Ponadto, wbrew deklaracjom zawartym w swoich wyjaśnieniach - wykonawca nie udowodnił, że gruz zostanie przekazany osobie fizycznej niebędącej przedsiębiorcą na podstawie ustawy o odpadach (wśród dowodów brakuje oświadczenia osoby fizycznej o wyrażeniu gotowości do przyjęcia gruzu). (...) W konsekwencji, Odwołujący podkreśla, że wykonawca HAMMER 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, koparką wyposażoną w nożyce do cięcia stali oraz nie wykazał, że posiada ofertę firmy spedycyjnej gwarantującej transportem ponadgabarytowy koparki za cenę 10 zł netto / km (niezbędne do przewiezienia sprzętu na teren rozbiórki). Wśród załączników do wyjaśnień brakują dowodów potwierdzających te okoliczności. Reasumując, okoliczności przywołane w wyjaśnieniach nie zostały przez HAMMER 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 wykonawcę HAMMER na tle pozostałych wykonawców funkcjonujących w tej branży. Nie są to przymioty, które dostępne są wyłącznie firmie HAMMER i pozwalają osiągnąć przewagę konkurencyjną tak znaczną, aby umożliwiała ona wykonanie zamówienia oraz osiągnięcie zysku. (...)

W przedłożonych Zamawiającemu wyjaśnieniach brakuje informacji ile czasu będą pracować poszczególni pracownicy (ogólnobudowlani, operatorzy sprzętu, kierownik budowy). Nie wiadomo czy kierownik budowy ma pracować stale czy tylko incydentalnie bywać na miejscu robót, a w konsekwencji nie ujęto kosztów zatrudnienia brygadzysty, który zarządzałby pracą personelu wykonawcy (wszak przedsiębiorą M. K. nie będzie w stanie jednocześnie pełnić funkcji brygadzysty i kierowcy samochodu ciężarowego). Ponadto, deklarowany nakład roboczogodzin (112h) dotyczy zaledwie jednego pracownika skierowanego do pracy przez 14 dni pracującego po 8 godzin dziennie. Zakładając, że wykonawca HAMMER zamierza zatrudnić 3 pracowników jednocześnie, ww. nakład pracy powinien wynosić nie mniej niż 336 h + godziny pracy operatora koparki i godziny pracy kierowcy. W konsekwencji: nie udowodniono Zamawiającemu jakie koszty i w jakiej wysokości wykonawca HAMMER poniesienie w związku z oddelegowaniem pracowników do wykonania zamówienia (...). Pomimo przedstawionych twierdzeń wykonawca HAMMER nie przedstawił żadnych dowodów na okoliczność dysponowania własnym zapleczem sprzętowym wraz ze specjalistycznym osprzętem do prowadzenia rozbiórek (koparki, koparko-ładowarki, młoty i nożyce wyburzeniowe czy kruszarka). 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 wykonawca HAMMER określił gołosłownie bez przedstawienia jakichkolwiek dowodów. Reasumując, przy aktualnych cenach paliwa cena pracy koparki jest całkowicie nierealna. Wyjaśnienia nie zawierają jakichkolwiek dowodów potwierdzających rzetelność poszczególnych stawek kosztowych zaprezentowanych w kalkulacji.

Ponadto, wykonawca HAMMER nie udowodnił żaden sposób, że w deklarowanym terminie wydajność pracy jego koparki pozwoli na wykonanie rozbiórki mechanicznej obiektu o kubaturze opisanej w SWZ. Kalkulacja wykonawcy HAMMER 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. (...)

Nie wiadomo jakie elementy składają się na koszt transportu, nie wykazano kosztów zakupu paliwa (którego ceny dynamicznie rosną), kosztów serwisu, ubezpieczenia i innych. W konsekwencji, wykonawca HAMMER nie wyjaśnił konkretnie i wyczerpująco zarówno kosztów pracy koparki i samochodu ciężarowego jak i kosztów pracy operatora koparki i kierowcy ciężarówki.

Wykonawca HAMMER gołosłownie deklaruje poniesienie kosztów utylizacji odpadów porozbiórkowych oraz kosztów zakupu materiałów. W szczególności, nie udowodniono Zamawiającemu, że HAMMER zamierza zgodnie z prawem i na warunkach rynkowych wykonać utylizację gruzu pochodzącego z rozbiórki. Twierdzenia na temat planowanego dostarczenia gruzu do jednej z osób fizycznych są całkowicie dowolne i niepotwierdzone (a ponadto, twierdzenia te całkowicie pomijają koszty związane z załadunkiem i wywozem gruzu). (...)

Wykonawca HAMMER całkowicie gołosłownie opisał koszty związane z zakupem materiałów oraz wykonaniem zasypki wykopu po rozbiórce. Zgodnie z dokumentacją projektową konieczny jest zakup materiału zasypowego do wykonania zasypek. Do wykonania zasypek konieczne jest nie tylko poniesienie kosztów zakupu materiału (piasek, pospółka), ale również użycie sprzętu takiego jak: koparko-ładowarka, zagęszczarka (co oczywiście wiąże się z nakładami na robociznę). Powyższe koszty zostały pominięte przez wykonawcę HAMMER.

V. Zaniechanie odrzucenia oferty WiW Plus z powodu rażąco niskiej ceny

Na wstępie Odwołujący podkreśla, iż wszystkie szczegółowe zarzuty adresowane wobec wyjaśnień wykonawcy HAMMER znajdują odpowiednie zastosowanie również wobec „wyjaśnień” wykonawcy WiW Plus. (...)

Wykonawca WiW Plus powołał się na zestaw ogólnikowych twierdzeń dotyczących posiadania bogatego doświadczenia, własnego sprzętu, własnego transportu, przeszkolonych pracowników czy też oszczędnych metod wykonania zamówienia. Katalog argumentów wykonawcy uzupełniają zapewnienia na temat uwzględnienia w cenie oferty wszelkich kosztów związanych z realizacją zamówienia. (...)

Tymczasem, żadne z ww. kosztów nie zostały wykazane bądź choćby szacunkowo uprawdopodobnione przez WiW Plus. W szczególności nie udowodniono, że wykonawca

zamierza zgodnie z prawem i na warunkach rynkowych wykonać przetworzenie odpadów pochodzących z rozbiórki, w tym odpadów takich jak gruz betonowy. (...)

Również koszt transportu gruzu został ewidentnie zaniżony. Zgodnie z poz. 5 przedmiaru do wywozu i utylizacji przeznaczono 362,95 ton gruzu. Wykonawca WiW Plus przyjął zaś zaledwie 8 kursów z ładunkiem gruzu, co z kolei oznaczałoby, że jeden transport gruzu zabiera 45,37 ton ładunku. Tego rodzaju sytuacja jest niemożliwa, gdyż w zależności od rodzaju użytego pojazdu, jednorazowy ładunek gruzu nie przekracza 13-23 ton.

Ponadto, wykonawca WiW Plus nie przedstawił oferty (lub innego dowodu) na potwierdzenie kosztów utylizacji innych odpadów powstających w czasie rozbiórki. 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.

Wykonawca WiW Plus całkowicie pominął koszty związane z zabezpieczaniem dojazdu oraz terenu wokół wyburzanego zbiornika (w tym celu należało zapewnić dostawę, montaż i demontaż tymczasowego utwardzenia placu z płyt betonowych lub innych materiałów, czego WiW Plus nie uczynił). Dlatego poz. 2 „kalkulacji” wykonawcy (związana z układaniem i rozebraniem dróg tymczasowych) została niedoszacowana.

W celu wykonania dróg tymczasowych do zabezpieczenia placu rozbiórki (pod którym znajdują się czynne instalacje) potrzeba ok. 210 m² płyt MON (płyta MON gat. 2 kosztuje ok. 60 zł netto za 1 m³, tj. 210 m² x 60 zł = 12 600,00 zł netto (bez transportu). Z kolei, transport z ładunkiem tego rodzaju płyt to koszt 14 zł netto za 1 m², tj. 2 940,00 zł (bez rozładunku i montażu na placu rozbiórki).

Pomimo przedstawionych twierdzeń wykonawca WiW Plus nie przedstawił żadnych dowodów na okoliczność dysponowania własnym zapleczem sprzętowym wraz ze specjalistycznym osprzętem do prowadzenia rozbiórek (koparki, koparko-ładowarki, młoty i nożyce wyburzeniowe oraz kruszarka). 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), a odległość od siedziby wykonawcy do miejsca rozbiórki to ponad 496 km w jedną stronę.

Również w przypadku kosztów transportu (kosztów pracy samochodów ciężarowych) w żaden sposób nie wyjaśniono ani nie udowodniono, że koszty te uwzględniono w cenie oferty. Reasumując, „wyjaśnienia” WiW Plus są nieprecyzyjne, ogólnikowe, nie odnoszą się do treści wezwania oraz nie zostały poparte wiarygodnymi dowodami.

VI. Zaniechanie odrzucenia oferty FIODOR z powodu rażąco niskiej ceny
Odwołujący zastrzega, iż wszystkie szczegółowe zarzuty adresowane wobec wyjaśnień wykonawców HAMMER oraz WiW Plus znajdują odpowiednie zastosowanie również wobec „wyjaśnień” wykonawcy FIODOR.

Wykonawca FIODOR złożył absolutnie gołostowne wyjaśnienia złożone z 15 linijek tekstu, gdzie powołuje się przede wszystkim na własny sprzęt i doświadczenie oraz współpracę z wyspecjalizowanymi podmiotami odbierającymi gruz i inne odpady pochodzące z rozbiórki. (...)

Podsumowując, Odwołujący podkreśla, że właściwa ocena wyjaśnień złożonych przez wykonawcę DEMOLKA oraz wykonawców HAMMER, WiW Plus i FIODOR powinna skutkować odrzuceniem wskazanych ofert, bowiem wyjaśnienia te są ogólnikowe, niekompletne oraz nie odpowiadają wymaganiom wskazanym przez Zamawiającego (w szczególności w zakresie elementu dowodowego)."

W związku z powyższym odwołujący wniósł o nakazanie zamawiającemu:

- 1) unieważnienia czynności wyboru oferty najkorzystniejszej,
- 2) ujawnienia odwołującemu (odtajnienia) informacji zawartych w wyjaśnieniach dotyczących rażąco niskiej ceny złożonych przez DEMOLKA w odpowiedzi na wezwanie zamawiającego z dnia 27 września 2022 r. wraz z ewentualnymi dowodami,
- 3) odrzucenia ofert wykonawców: DEMOLKA, HAMMER, FIODOR oraz WiW Plus,
- 4) powtórzenia czynności oceny ofert i wyboru oferty najkorzystniejszej.

Wykonawca Grupa Wyburzeniowa DEMOLKA A. H. J. W. spółka cywilna przekazała

Krajowej Izbie Odwoławczej wyjaśnienia i szereg dokumentów, niemniej jednak nie zgłosiła przystąpienia do postępowania odwoławczego. Tym samym Izba nie dopuściła ww. wykonawcy do postępowania odwoławczego w charakterze jego uczestnika i pominęła jego stanowisko w sprawie.

Pismem z dnia 27.10.2022 r. zamawiający złożył odpowiedź na odwołanie, w której wniósł o jego oddalenie. Zamawiający poinformował ponadto o odrzuceniu oferty wykonawcy FIODOR sp. z o.o. na podstawie art. 226 ust. 1 pkt 14 ustawy Pzp.

W trakcie rozprawy strony podtrzymały swoje stanowiska w sprawie.

Krajowa Izba Odwoławcza ustaliła, co następuje:

Przedmiotem zamówienia jest rozbiórka zbiornika biogazu o poj. 2000m³ na terenie Oczyszczalni Ścieków w Tychach-Urbanowicach przy ul. Lokalnej 14.

W pkt XVIII.5. specyfikacji warunków zamówienia, zamawiający wskazał: Cena oferty musi zawierać wszelkie koszty niezbędne do należytego wykonania zamówienia, wynikające wprost z dokumentacji projektowej, specyfikacji technicznej wykonania i odbioru robót, jak również w niej nie ujęte, a bez których nie można wykonać zamówienia. Będą to w szczególności następujące koszty: wykonania wszelkich robót rozbiórkowych niezbędnych do wykonania przedmiotu zamówienia, w tym wykonania wszelkich robót przygotowawczych, rozbiórkowych, demontażowych, odtworzeniowych, zagospodarowania terenu rozbiórki i porządkowych, zorganizowania, zagospodarowania i późniejszej likwidacji terenu rozbiórki, ogrodzenia i zabezpieczenia terenu rozbiórki, zorganizowania i utrzymania zaplecza rozbiórki (woda, energia, telefon, dozowanie), wykonania dokumentacji powykonawczej, koszty związane z odbiorami wykonanych robót, doprowadzenia terenu do stanu pierwotnego po zakończeniu realizacji robót, koszty wszystkich prac i opłat (w tym administracyjnych i kosztów utylizacji odpadów), niezbędnych do całkowitego wykonania umowy wg założeń Zamawiającego przedstawionych w dokumentacji projektowej oraz inne koszty wynikające z realizacji niniejszego zamówienia.

Zamawiający przeznaczył na sfinansowanie zamówienia kwotę 552.883,77 zł brutto. W postępowaniu złożono 10 ofert z cenami brutto od 47.355,00 zł do 1.291.500,00 zł, przy czym cena wykonawcy:

- Grupa Wyburzeniowa DEMOLKA A. H. J. W. spółka cywilna (dalej: „Demolka”) wynosiła 47.355,00 zł,
- HAMMER Wyburzenia M. K. (dalej: „Hammer”) wynosiła 115.620,00 zł,
- FIODOR sp. z o.o. wynosiła 129.150,00 zł,
- WiW Plus sp. z o.o. (dalej: „WiW Plus”) wynosiła 159.900,00 zł,
- odwołującego wynosiła 418.219,85 zł.

Pismami z dnia 27.09.2022 r. zamawiający, na podstawie art. 224 ust. 2 pkt 1 ustawy Pzp, wezwał ww. wykonawców (poza odwołującym) do złożenia wyjaśnień w przedmiocie cen ich ofert. Zamawiający dodał, że: „Złożone wyjaśnienia wraz z dowodami, nie mogą być ogólnikowe i powinny w sposób szczegółowy odnosić się do treści zapytania Zamawiającego, zawierać konkretne założenia i kalkulacje oraz dowody”.

Wykonawca Demolka złożył wyjaśnienia wraz z dowodami i zastrzegł ich treść jako tajemnicę przedsiębiorstwa nie wskazując żadnego uzasadnienia dla tego zastrzeżenia.

Wykonawca Hammer złożył wyjaśnienia wraz z kalkulacją kosztów za wynagrodzenia 4 pracowników (w tym operator koparki i kierownik budowy), kosztów pracy, amortyzacji i

eksploatacji sprzętu, kosztów utylizacji materiałów, kosztów transportu koparki i samochodów oraz pozostałych kosztów. Do wyjaśnień wykonawca dołączył: uchwałę i cennik usług Miejskiego Zakładu Gospodarki Odpadami Komunalnymi sp. z o.o. w Koninie, 3 umowy o pracę na stanowisku pracownik budowlany, fakturę za zakup koparki, fakturę za leasing młota wyburzeniowego, umowę najmu 2 samochodów ciężarowych.

Wykonawca WiW Plus złożył wyjaśnienia, w których m.in. zapewnił o zamiarze zrealizowania zamówienia zgodnie z obowiązującymi przepisami, o przeszkoleniu pracowników, o posiadaniu indywidualnych konkurencyjnych cen za utylizację odpadów i o wliczeniu wszelkich kosztów związanych z realizacją zamówienia. Do wyjaśnień wykonawca dołączył: kalkulację ceny pn. „Informacja techniczno-finansowa”, wykaz dotychczas zrealizowanych robót rozbiórkowych, decyzję zezwalającą na transport odpadów, informację o wpisie do rejestru podmiotów wprowadzających produkty, produkty w opakowaniach i gospodarujących odpadami oraz o nadaniu indywidualnego numeru rejestrowego, umowę na przyjmowanie odpadów (bez załącznika cenowego), fakturę za zakup ładowarki, fakturę za zakup koparki gąsienicowej, dowody rejestracyjne 2 samochodów ciężarowych i ciągnika samochodowego, 2 umowy o pracę na stanowisku brygadzysty i pracownika fizycznego oraz 3 referencje.

Pismem z dnia 11.10.2022 r. zamawiający poinformował o wyborze jako najkorzystniejszej oferty wykonawcy Demolka.

Krajowa Izba Odwoławcza rozpoznając na rozprawie złożone odwołanie i uwzględniając dokumentację z niniejszego postępowania o udzielenie zamówienia publicznego oraz stanowiska stron 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.

W związku z dokonaniem przez zamawiającego, po wniesieniu odwołania, czynności odrzucenia oferty wykonawcy FIODOR sp. z o.o. na podstawie art. 226 ust. 1 pkt 14 ustawy Pzp, przestał istnieć w niniejszej sprawie substrat zaskarżenia w zakresie, w jakim zarzut nr 4 odwołania dotyczył ww. oferty. Tym samym postępowanie odwoławcze w ww. zakresie stało się zbędne, dlatego też podlega umorzeniu na podstawie art. 568 pkt 2 ustawy Pzp.

Zarzut dotyczący zastrzeżenia tajemnicy przedsiębiorstwa przez wykonawcę Demolka.

Zgodnie z art. 18 ust. 1, 2 i 3 ustawy Pzp:

1. Postępowanie o udzielenie zamówienia jest jawne.
2. Zamawiający może ograniczyć dostęp do informacji związanych z postępowaniem o udzielenie zamówienia tylko w przypadkach określonych w ustawie.
3. Nie ujawnia się informacji stanowiących tajemnicę przedsiębiorstwa w rozumieniu przepisów ustawy z dnia 16 kwietnia 1993 r. o zwalczaniu nieuczciwej konkurencji (Dz.U. z 2020 r. poz. 1913), jeżeli wykonawca, wraz z przekazaniem takich informacji, zastrzegł, że nie mogą być one udostępniane oraz wykazał, że zastrzeżone informacje stanowią tajemnicę przedsiębiorstwa. Wykonawca nie może zastrzec informacji, o których mowa w art. 222 ust. 5.

Zgodnie z art. 11 ust. 2 uznaje się przez tajemnicę przedsiębiorstwa rozumie się informacje techniczne, technologiczne, organizacyjne przedsiębiorstwa lub inne informacje posiadające wartość gospodarczą, które jako całość lub w szczególnym zestawieniu i zbiorze ich elementów nie są powszechnie znane osobom zwykle zajmującym się tym rodzajem informacji albo nie są łatwo dostępne dla takich osób, o ile uprawniony do korzystania z informacji lub rozporządzania nimi podjął, przy zachowaniu należytej staranności, działania w celu utrzymania ich w poufności.

Z powyższych przepisów wynika przede wszystkim, że zasadą jest prowadzenie postępowania o udzielenie zamówienia w sposób jawny. Oznacza to, że w pierwszej kolejności należy dążyć do zachowania ww. jawności, zaś dopuszczone przez ustawodawcę wyjątki należy traktować w sposób ścisły. Wyjątkiem od zachowania jawności w postępowaniu o udzielenie zamówienia jest m.in. sytuacja, w której wymagana jest ochrona tajemnicy przedsiębiorstwa. Należy jednak zauważyć, jak już wielokrotnie wskazywała Izba w swoich orzeczeniach, że w art. 18 ust. 3 ustawy Pzp ustawodawca wyraźnie uzależnił zaniechanie ujawnienia określonych informacji od tego, czy wykonawca „wykazał, iż zastrzeżone informacje stanowią tajemnicę przedsiębiorstwa”. Ustawodawca posłużył się w tym zakresie sformułowaniem „wykazał”, co z całą pewnością nie oznacza wyłącznie „oświadczenia”, czy „deklarowania”, ale stanowi znacznie silniejszy wymóg „udowodnienia”. Tym samym, aby zastrzeżone przez wykonawcę informacje mogły zostać nieujawnione, wykonawca musi najpierw „wykazać”, czyli udowodnić, że w stosunku do tych

informacji ziściły się wszystkie przesłanki, o których mowa w art. 11 ust. 2 uznk.

Zamawiający ocenia zatem zasadność zastrzeżenia tajemnicy przedsiębiorstwa w oparciu o uzasadnienie i dowody przedstawione przez wykonawcę, nie zaś w oparciu o własne przekonania o tym, co może albo nie może być zastrzeżone jako tajemnica przedsiębiorstwa. Nie jest bowiem rolą zamawiającego zastępowanie wykonawcy w wykazywaniu zasadności zastrzeżenia tajemnicy przedsiębiorstwa. To wykonawca ma tę zasadność wykazać i jeśli temu ciężarowi nie podoła, obowiązkiem zamawiającego jest ujawnić zastrzeżone przez wykonawcę informacje.

W niniejszej sprawie wykonawca Demolka zawarł w piśmie z dnia 28.09.2022 r. jedno zdanie o treści: „Informacje zawarte w tym piśmie na stronach od 1 do 7 wraz z załącznikami stanowią tajemnicę przedsiębiorstwa w rozumieniu przepisów art. 11 ust 4 ustawy z dnia 16 kwietnia 1993 r. o zwalczaniu nieuczciwej konkurencji i zastrzegamy, że nie mogą być one udostępnione”. W oparciu o wyżej cytowane jedno zdanie zamawiający odmówił ujawnienia treści wyjaśnień rażąco niskiej ceny złożonych przez ww. wykonawcę.

Pomijając niewłaściwą podstawę prawną wskazaną w ww. zdaniu, przede wszystkim należy zauważyć, że nie zawiera ono żadnego uzasadnienia zastrzeżenia tajemnicy przedsiębiorstwa. W przedmiotowej sprawie zatem nie ma nawet pola do rozważań, czy w uzasadnieniu wykonawca Demolka wykazał, czy nie wykazał zasadności zastrzeżenia tajemnicy przedsiębiorstwa, ponieważ wykonawca w ogóle nie zawarł żadnego uzasadnienia. W tym stanie rzeczy naruszenie przez zamawiającego art. 18 ust. 1, 2 i 3 ustawy Pzp jest oczywiste i bezdyskusyjne.

Jedynie na marginesie należy zauważyć, że nawet gdyby wykonawca Demolka zawarł uzasadnienie zastrzeżenia tajemnicy przedsiębiorstwa, to obowiązkiem zamawiającego byłoby ujawnienie tego uzasadnienia. W myśl bowiem jednolitej linii orzeczniczej KIO, uzasadnienie zastrzeżenia tajemnicy przedsiębiorstwa nie może być chronione jako tajemnica przedsiębiorstwa. Wynika to choćby z wyroku Izby z dnia 28.12.2021 r. o sygn. akt KIO 3513/21, w którym stwierdzono: „Podkreślenia wymaga jednak, że samo uzasadnienie zastrzeżenia tajemnicy nie może być objęte tajemnicą przedsiębiorstwa, jak uczynił to Gabos. Izba wielokrotnie podkreślała w swoich orzeczeniach, że samo uzasadnienie jest elementem jawnym, ma ono służyć weryfikacji prawidłowości wykazania przez wykonawcę objęcia tajemnicą przedsiębiorstwa składanych dokumentów. Z tych względów objęcie tajemnicą przedsiębiorstwa samego uzasadnienia nie znajduje oparcia w przepisach ustawy o zwalczaniu nieuczciwej konkurencji, a zatem jako takie należy je uznać za bezskuteczne”. Tym samym, w zależności od tego, czy w uzasadnieniu wykonawca wykazał, czy nie wykazał, zasadności zastrzeżenia tajemnicy przedsiębiorstwa, zamawiający ujawnia bądź nie ujawnia zastrzeżonych informacji (np. wykazu robót, wykazu osób, wyjaśnień rażąco niskiej ceny), natomiast zawsze obowiązkiem zamawiającego jest ujawnienie samego uzasadnienia zastrzeżenia tej tajemnicy.

Przy czym Izba zamieszcza niniejsze uwagi jedynie informacyjnie, gdyż - jak wskazano już wyżej - w przedmiotowej sprawie wykonawca Demolka w ogóle nie zawarł żadnego uzasadnienia tajemnicy przedsiębiorstwa, zatem nie ma miejsca na dyskusję, czy należało ujawnić odwołującemu uzasadnienie zastrzeżenia i czy należało ujawnić mu wyjaśnienia rażąco niskiej ceny. Uzasadnienia nie dało się ujawnić, bo go nie było, a w konsekwencji należało bezdyskusyjnie ujawnić wyjaśnienia rażąco niskiej ceny złożone przez wykonawcę Demolka. Brak ich ujawnienia, jak wskazano już wyżej, oznacza, że zamawiający dopuścił się naruszenia art. 18 ust. 1, 2 i 3 ustawy Pzp. Dlatego odwołanie w tym zakresie zostało uwzględnione.

Jednocześnie odnosząc się do odpowiedzi na odwołanie, należy zauważyć, że zgodnie z art. 554 ust. 1 pkt 1 ustawy Pzp, Izba uwzględni odwołanie w całości lub w części, jeżeli stwierdzi naruszenie przepisów ustawy, które miało wpływ lub może mieć istotny wpływ na wynik postępowania o udzielenie zamówienia, konkursu lub systemu kwalifikowania wykonawców. W przepisie mowa jest nie tylko o naruszeniu, które miało wpływ na wynik postępowania, ale także o takim, które mogło mieć istotny wpływ na wynik postępowania. Niezgodny z przepisami brak ujawnienia określonych informacji / dokumentu, pozbawia innych wykonawców możliwości poznania i weryfikacji informacji przedstawionych przez danego wykonawcę, możliwości korzystania ze środków ochrony prawnej, a w konsekwencji - możliwości uzyskania zamówienia. Tym samym dochodzi do naruszenia, które może mieć istotny wpływ na wynik postępowania. Dlatego niezasadna jest argumentacja zamawiającego wyłączająca możliwość istotnego wpływu na wynik naruszenia polegającego na nieodtajnieniu informacji zastrzeżonych jako tajemnica przedsiębiorstwa.

Zarzuty dotyczące braku odrzucenia ofert wykonawców Demolka, Hammer i WiW Plus z powodu rażąco niskiej ceny.

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 8 ustawy Pzp, zamawiający odrzuca ofertę, jeżeli:

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

Odnosząc się do kwestii rażąco niskich cen w ofertach wykonawców Demolka, Hammer i WiW Plus, 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 wzywaniem 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.

Należy przy tym podkreślić, że zamawiający nie może zastępować wykonawcy w wykazywaniu, że cena jego oferty jest realna. To wykonawca ma udowodnić realność tej ceny, a nie zamawiający ma poszukiwać, czy domniemywać informacji w tym zakresie. Rolą zamawiającego jest wyłącznie ocena przedstawionych przez wykonawcę wyjaśnień wraz z ewentualnymi dowodami, a nie wyrażanie wykonawcy w wykazywaniu, że za podaną cenę można należycie wykonać zamówienie (np. poprzez samodzielne weryfikowanie na stronach internetowych prawidłowości stawek podanych przez wykonawców, jak uczynił to zamawiający w niniejszej sprawie, o czym świadczy przedstawiony na rozprawie dowód i argumentacja). Jeśli zatem wykonawca nie udzieli wyjaśnień lub udzieli wyjaśnień, w których nie udowodni, że cena jego oferty nie jest rażąco niska, zamawiający zobligowany jest do odrzucenia oferty. Tym samym od rzetelności wyjaśnień wykonawcy zależy jego dalszy udział w postępowaniu.

Analizując wyjaśnienia złożone przez wykonawców Demolka, Hammer i WiW Plus, Izba ustaliła w nich następujące braki / wady.

Wykonawca Demolka w swoich wyjaśnieniach (częściowo ujawnionych przez zamawiającego w odpowiedzi na odwołanie):

- zapewnił, że roboty zostaną wykonane z najwyższą starannością i zgodnie z wymienionymi w wyjaśnieniach przepisami, co jest wyłącznie deklaracją, w żaden sposób nie uzasadniającą wysokości ceny oferty;
- przedstawił w punktach „opis technologii” poprzez wymienienie po kolei czynności wykonywanych w ramach realizacji zamówienia, przy czym nie wyjaśnił, czym ta technologia różni się od innych i w jaki sposób wpływa na wysokość ceny oferty;
- zamieścił dwie tabele: jedną zawierającą koszty m.in. utylizacji, eksploatacji maszyn,

robocizny, transportu i drugą wskazującą zysk m.in. ze sprzedaży złomu i gruzu, przy czym w tabelach tych podane są tylko kwoty, bez żadnej szczegółowej kalkulacji pozwalającej na ustalenie, co się składa na te kwoty, na czym opiera się ich wyliczenie, z czego one wynikają, co uniemożliwia stwierdzenie, czy kwoty te są realne i prawidłowo skalkulowane. Każdy wykonawca może wskazywać dowolne kwoty, ale istotą wyjaśnień rażąco niskiej ceny powinno być wykazanie, co zostało w nich uwzględnione i w jaki sposób wykonawca doszedł w swoich szacunkach do takich, a nie innych kwot, z których zbudował całkowitą cenę oferty, a takiego wykazania w wyjaśnieniach wykonawcy Demolka brak;

- zapewnił, że utylizacja zostanie przeprowadzona zgodnie ze wskazanymi przepisami, co jest wyłącznie deklaracją, w żaden sposób nie uzasadniającą wysokości ceny oferty;
- zapewnił, że pracownicy są zatrudnieni na umowę o pracę, posiadają wymaganą wiedzę, kwalifikacje i doświadczenie, aktualne badania lekarskie i odzież ochronną, mieszkają na terenie województwa śląskiego i będą dowożeni samochodem służbowym do pracy, co jest wyłącznie deklaracją, z której nie wynika zresztą, w jaki sposób wskazane okoliczności,

wpływają na wysokość ceny oferty, ponadto nie wykazano odrębnie kosztów dowozu pracowników na teren rozbiórki;

- wskazał na opłacanie składek na ubezpieczenia społeczne i podatku dochodowego, przy czym nie wyjaśnił, jak przekłada się to na wysokość ceny oferty;
- wymienił z nazwiska pracowników, ich stanowiska i uprawnienia, przy czym nie wyjaśnił, jak przekłada się to na wysokość ceny oferty;
- opisał uprawnienia i zakres obowiązków wspólników spółki i wskazał, które koszty zostaną dzięki temu ograniczone, ale nie wskazał wyliczeń, jakiej skali oszczędności udało się dzięki temu uzyskać;
- wskazał odbiorców stali i gruzu, ale nie udowodnił współpracy z tymi podmiotami i cen, jakie wynikają z tej współpracy i będą stosowane przy realizacji niniejszego zamówienia;
- wskazał laboratorium, z którym współpracuje, przy czym nie udowodnił tego i nie wyjaśnił, jak przekłada się to na wysokość ceny oferty;
- zapewnił, że nie podlega wykluczeniu i spełnia warunki udziału w postępowaniu „w zakresie wskazanym przez Zamawiającego, tj. Park Śląski S.A [podkreślenie własne KIO], przy czym pomijając wskazaną nazwę zamawiającego, nie wyjaśnił, jak przekłada się to na wysokość ceny oferty;
- dołączył jako dowody: wykaz środków trwałych, referencje, polisę ubezpieczeniową, uprawnienia kierownika robot, zaświadczenie BHP, umowę spółki, potwierdzenie nadania NIP, zaświadczenie o numerze REGON, zaświadczenie o niezaleganiu w podatkach, zaświadczenie o niezaleganiu w opłacaniu składek, przy czym nie wiadomo, które informacje z tych dokumentów i w jaki sposób potwierdzają realność ceny oferty.

Wykonawca Hammer w swoich wyjaśnieniach:

- zapewnił o uwzględnieniu całego zakresu rzeczowego zamówienia i wieloletnim doświadczeniu, co jest wyłącznie deklaracją, w żaden sposób nie uzasadniającą wysokości ceny oferty;
- zapewnił, że sprzęt budowlany znajduje się „w niedalekiej odległości” od miejsca rozbiórki, dzięki czemu koszty transportu „są stosunkowo nieduże”, przy czym nie wskazał miejsca przechowywania tego sprzętu i nie wskazał kalkulacji kosztów transportu;
- wskazał, że gruz będzie wywożony na odległość do 20 km od miejsc rozbiórki, przy czym nie wskazał tego miejsca i nie udowodnił, że w miejscu tym gruz zostanie przyjęty;
- wskazał, że gruz betonowy zostanie przekazany osobie fizycznej na jej własne potrzeby, przy czym nie wykazał tego dowodami, np. umową z taką osobą (wbrew argumentacji zamawiającego, nie jest bowiem wystarczający fakt, że przy drogach znajdują się ogłoszenia o przyjęciu gruzu);
- wskazał, że złom zostanie wywieziony do punktu skupu, a koszty związane z transportem poniesie firma odbierająca odpady, przy czym nie wykazał tego dowodami;
- wskazał, że koszt transportu koparki na lawecie przez firmę spedycyjną wynosi 10 zł/km, ale nie wykazał tego dowodami;
- dołączył jako dowody: uchwałę i cennik usług Miejskiego Zakładu Gospodarki Odpadami Komunalnymi sp. z o.o. w Koninie, trzy umowy o pracę na stanowisku pracownik budowlany, fakturę za zakup koparki, fakturę za leasing młota wyburzeniowego, umowę najmu dwóch samochodów ciężarowych, przy czym dokumenty te nie potwierdzają ww. okoliczności wskazanych w wyjaśnieniach i nie uzupełniają swoją treścią brakujących informacji.

Wykonawca WiW Plus w swoich wyjaśnieniach:

- zapewnił, że posiada bogate doświadczenie, przeszkolonych i doświadczonych pracowników zatrudnionych w oparciu o umowę o pracę, za których odprowadza składki do ZUS, co jest wyłącznie deklaracją, w żaden sposób nie uzasadniającą wysokość ceny oferty;
- zapewnił, że stosuje oszczędne metody wykonania zamówienia (własne opracowanie metody wyliczeń kosztów wykonania robót rozbiórkowych, transportowych, ziemnych, drogowych, likwidacji nielegalnych wysypisk odpadów i innych), co pozwala na znaczne oszczędności czasu i środków finansowych, ale nie wykazał tego żadnymi dowodami i nie

wskazał wyliczeń, jakiej skali oszczędności udało się dzięki temu uzyskać;

- opisał kolejność wykonywanych prac, przy czym nie wyjaśnił, czym różni się ona od sposobu wykonania zamówienia przez innych wykonawców i w jaki sposób wpływa na wysokość ceny oferty;

- zapewnił, że dzięki m.in. stałej współpracy z zakładami utylizacji odpadów, posiada indywidualne konkurencyjne ceny za przyjęcie odpadów, ale nie wykazał żadnymi

dowodami ani takiej współpracy, ani żadnych cen;

- nie wykazał, z czego wynikają wskazane w „Informacji techniczno-finansowej” koszty wywozu i utylizacji gruzu oraz innych odpadów;

- wskazał w „Informacji techniczno-finansowej” na dodatkowy zysk ze sprzedaży odpadów, ale nie wykazał żadnymi dowodami, w jakiej wysokości może go uzyskać;

- wskazał w „Informacji techniczno-finansowej” koszty kierownika budowy, ale nie udowodnił tych kosztów (np. umową o pracę),

- dołączył jako dowody: kalkulację ceny pn. „Informacja techniczno-finansowa”, wykaz dotychczas zrealizowanych robót rozbiórkowych, decyzję zezwalającą na transport odpadów, informację o wpisie do rejestru podmiotów wprowadzających produkty, produkty w opakowaniach i gospodarujących odpadami oraz o nadaniu indywidualnego numeru rejestrowego, umowę na przyjmowanie odpadów (bez załącznika cenowego), fakturę za zakup ładowarki, fakturę za zakup koparki gąsienicowej, dowody rejestracyjne dwóch samochodów ciężarowych i ciągnika samochodowego, dwie umowy o pracę na stanowisku brygadzysty i pracownika fizycznego oraz trzy referencje, przy czym dokumenty te nie potwierdzają ww. okoliczności wskazanych w wyjaśnieniach i nie uzupełniają swoją treścią brakujących informacji.

Reasumując, z uwagi na ww. braki w wyjaśnieniach wykonawców Demolka, Hammer i WiW Plus, w tym braki dowodowe, Izba stwierdziła, że wykonawcy ci nie wykazali, że ceny ich ofert nie są rażąco niskie. Dlatego Izba uwzględniła odwołanie i nakazała odrzucenie ofert ww. wykonawców w oparciu o art. 224 ust. 6 w zw. z art. 226 ust. 1 pkt 8 ustawy Pzp.

Izba postanowiła zatem 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).

Przewodniczący

KIO 2747/22