Sygn. akt: KIO 17/23

WYROK

z dnia 17 stycznia 2023 r.

Krajowa Izba Odwoławcza – w składzie:

Przewodniczący: Agata Mikołajczyk

Protokolant: Wiktoria Ceyrowska

po rozpoznaniu na rozprawie w dniu 16 stycznia 2023 r. w Warszawie odwołania wniesionego do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej w dniu 2 stycznia 2023 r. przez odwołującego: NUVO RENT sp. z o.o. z siedzibą w Warszawie (ul. Twarda 18, 00-105 Warszawa) w postępowaniu prowadzonym przez zamawiającego: Skarb Państwa -Generalny Dyrektor Dróg Krajowych i Autostrad z siedzibą w Warszawie, prowadzący postępowanie: Generalna Dyrekcja Dróg Krajowych i Autostrad Oddział w Szczecinie (Al. Bohaterów Warszawy 33, 70-340 Szczecin),

orzeka:

1. Uwzględnia odwołanie i nakazuje zamawiającemu: (1) unieważnienie czynności wyboru oferty najkorzystniejszej wykonawcy PHU P. G.; (2) dokonanie odrzucenia - na podstawie art. 224 ust. 6 ustawy Pzp - oferty wykonawcy PHU P. G.; (3) powtórzenie czynności badania i oceny niepodlegających odrzuceniu ofert;

2. Kosztami postępowania odwoławczego obciąża zamawiającego: Skarb Państwa -Generalny Dyrektor Dróg Krajowych i Autostrad z siedzibą w Warszawie, prowadzący postępowanie: Generalna Dyrekcja Dróg Krajowych i Autostrad Oddział w Szczecinie (Al. Bohaterów Warszawy 33, 70-340 Szczecin) i:

2.1. zalicza w poczet kosztów postępowania odwoławczego kwotę 10.000 zł 00 gr (słownie: dziesięć tysięcy złotych zero groszy), uiszczoną przez odwołującego tytułem wpisu od odwołania;

2.2. zasądza od zamawiającego na rzecz odwołującego: NUVO RENT sp. z o.o. z siedzibą w Warszawie (ul. Twarda 18, 00-105 Warszawa) kwotę 13.600 zł 00 gr (słownie: trzynaście tysięcy sześćset złotych zero groszy) stanowiącą koszty postępowania odwoławczego poniesione przez odwołującego tytułem wpisu od odwołania w kwocie 10.000 zł oraz wynagrodzenia pełnomocnika w kwocie 3600 zł.

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

Sygn. akt: KIO 17/23

Uzasadnienie

Odwołanie zostało wniesione w dniu 2 stycznia 2023 r. przez wykonawcę NUVO RENT sp. z o.o. z siedzibą w Warszawie (Odwołujący) w postępowaniu prowadzonym przez Zamawiającego: Generalna Dyrekcja Dróg Krajowych i Autostrad - Generalna Dyrekcja Dróg Krajowych i Autostrad Oddział w Szczecinie na podstawie ustawy z dnia 11 września 2019 r. - Prawo zamówień publicznych (Dz. U. z 2022 r., poz. 1710 ze zm.), [ustawa Pzp lub Pzp lub Ustawa PZP], w trybie podstawowym bez negocjacji o wartości zamówienia nie przekraczającej progów unijnych o jakich stanowi art. 3 ustawy, którego przedmiotem jest „Rozbudowa drogi S3/A6 odc. Kijewo / z węzłem/ - w. Rzęśnica /bez węzła/ - Kijewo -wywóz odpadów wraz z utylizacją”– zgodnie z dokumentacją projektową– znak sprawy: O.Sz.D-3.2421.81.2022 (dalej „postępowanie), ogłoszonym w Biuletynie Zamówień Publicznych w dniu 05 grudnia 2022 r. pod numerem 2022/BZP 00476483/01.

Odwołujący wskazał, że w odwołaniu (…) podnosi niezgodność z ustawą czynności (zaniechań) Zamawiającego, polegających na:

1. Dokonaniu wyboru oferty wykonawcy PHU P. G., (…), prowadzący działalność

gospodarczą pod firmą PHU P. G. (…) (dalej: „PHU P. G.) jako oferty najkorzystniejszej w postępowaniu;

- wskutek czego w postępowaniu doszło do naruszenia:

1) art. 224 ust. 6 ustawy Pzp, wyrażającego się w zaniechaniu odrzucenia oferty Konkurenta, w przypadku udzielenia przez niego wyjaśnień, które nie uzasadniają podanej w ofercie ceny, w szczególności wymaganych kosztów osobowych zatrudnionych pracowników, którzy będą wykonywać czynności w trakcie realizacji zamówienia „Rozbudowa drogi S3/A6 odc. Kijewo / z węzłem/ - w. Rzęśnica /bez węzła/ - Kijewo - wywóz odpadów wraz z utylizacją”, przy uwzględnieniu wymagań określonych w SWZ oraz zobowiązań wynikających z powszechnie obowiązujących przepisów dotyczących kosztów pracy, w szczególności ustawy z dnia 10 października 2002 r. o minimalnym wynagrodzeniu za pracę, zwanej dalej „ustawą o minimalnym wynagrodzeniu”,

2) art. 16 ustawy Pzp, poprzez jego niezastosowanie, wyrażające się w naruszeniu zasady przejrzystości oraz równego traktowania wykonawców, a w konsekwencji utrudnieniu uczciwej konkurencji, poprzez bezkrytyczną ocenę udzielonych przez Konkurenta wyjaśnień

3) art. 239 ust. 1 ustawy Pzp, poprzez dokonanie wyboru oferty PHU P. G. jako oferty najkorzystniejszej w niniejszym postępowaniu, podczas gdy oferta ww. wykonawcy podlega odrzuceniu z powodu rażąco niskiej ceny;

Wobec wskazanej czynności (zaniechania), której zarzucił niezgodność z przepisami ustawy Pzp, Odwołujący wniósł o nakazanie Zamawiającemu:

3. unieważnienia czynności wyboru oferty najkorzystniejszej;

4. dokonania odrzucenia oferty wykonawcy: PHU P. G.;

5. powtórzenia czynności oceny ofert i wyboru oferty najkorzystniejszej.

Odwołujący wskazał również, że:

(…) Istnienie interesu w uzyskaniu zamówienia po stronie Odwołującego wynika z faktu, iż złożył on ofertę w przedmiotowym postępowaniu, która to oferta nie podlega odrzuceniu, w związku z czym Odwołujący ma realną szansę na uzyskanie przedmiotowego zamówienia. W wyniku naruszenia przepisów ustawy interes Odwołującego w uzyskaniu zamówienia doznał uszczerbku, bowiem Zamawiający dokonał wyboru oferty złożonej przez wykonawcę PHU P. G., która z kolei podlega odrzuceniu. Zważywszy na zakres podniesionych zarzutów, Odwołujący ma szansę na uzyskanie zamówienia, ponieważ w przypadku uwzględnienia odwołania, Izba może nakazać wykonanie lub powtórzenie czynności Zamawiającego lub nakazać unieważnienie czynności Zmawiającego zgodnie z żądaniami Odwołującego. Mając na uwadze powyższe, można realnie zakładać, że po ponownym badaniu i ocenie ofert w wyniku wykonania wyroku Izby, Zamawiający dokona wyboru oferty Odwołującego. W wyniku zasygnalizowanych naruszeń ustawy Odwołujący został narażony na szkodę związaną z utratą spodziewanego zysku z tytułu realizacji kontraktu na rzecz Zamawiającego, które to zamówienie powinno zostać udzielone Odwołującemu. W konsekwencji, Odwołujący może nie uzyskać zamówienia i w ten sposób nie osiągnąć zysku, który planował osiągnąć w wyniku realizacji przedmiotowego zamówienia (lucrum cessans)".

W uzasadnieniu zarzutów wskazał w szczególności:

I. Wprowadzenie

I. 1. Przedmiot zamówienia publicznego

Skarb Państwa- Generalna Dyrekcja Dróg Krajowych i Autostrad Oddział w Szczecinie (dalej „Zamawiający") prowadzi postępowanie o udzielenie zamówienia publicznego na roboty budowlane, w trybie podstawowym bez negocjacji o wartości zamówienia nie przekraczającej progów unijnych o jakich stanowi art. 3 ustawy, którego przedmiotem jest „Rozbudowa drogi S3/A6 odc. Kijewo / z węzłem/ - w. Rzęśnica /bez węzła/ - Kijewo -wywóz odpadów wraz z utylizacją" – nr postępowania O.Sz.D-3.2421.81.2022.

I. 2. Otwarcie ofert

Z informacji z otwarcia ofert wynika, że w postępowaniu złożono 2 oferty, których ceny zawierają się w wysokości 145 140,00 zł (PHU P. G.- wybrana przez Zamawiającego oferta) i 207.870,00 zł (oferta odwołującego NUVO RENT). Zamawiający przeznaczył na sfinansowanie zamówienia środki budżetowe w wysokości 282.285,00 zł.

I. 3. Procedura wyjaśnienia rażąco niskiej ceny

W dniu 21 grudnia 2022 r. Zamawiający skierował do wykonawcy: PHU P. G., wezwanie w trybie art. 224 ust. 1 Pzp oraz art. 223 ust. 1 pzp, albowiem stwierdził, że cena ww. oferty budzi wątpliwości Zamawiającego, co do możliwości wykonania przedmiotu zamówienia zgodnie z wymaganiami określonymi w dokumentach zamówienia. W tych okolicznościach, Zamawiający zażądał od ww. wykonawcy złożenia wyjaśnień wraz z dowodami. Co więcej, Zamawiający wskazał wykonawcy, iż wyjaśnienia muszą być konkretne i wyczerpujące a przedstawione dowody winny potwierdzać, że zaproponowana cena została skalkulowana w sposób rzetelny.

(…)

W dniu 28 grudnia 2022 r. Zamawiający poinformował o dokonaniu wyboru oferty złożonej przez wykonawcę PHU P. G. (zawierającej cenę 145.140,00 zł brutto. Ponadto, Zamawiający poinformował o nie odrzuceniu żadnego wykonawcy.

II. Zaniechanie odrzucenia oferty PHU P. G. z powodu rażąco niskiej ceny

W odpowiedzi na wezwanie Zamawiającego pismem z dnia 22 grudnia 2022 r. wykonawca PHU P. G. przedstawił bardzo lakoniczne wyjaśnienia, w których nie wymienił jakichkolwiek obiektywnych czynników wpływających na możliwość obniżenia ceny. Wystąpienie wykonawcy pełne jest ogólnikowych stwierdzeń oraz zapewnień i oświadczeń niepopartych jakimikolwiek dowodami. Ponadto, stanowiąca zasadniczą cześć wyjaśnień kalkulacja ceny wprost ujawnia, że wykonawca pominął lub zaniżył szereg istotnych czynników cenotwórczych, co sprawia, że zamówienia obiektywnie nie da się wykonać w zamian za zaoferowaną cenę. Wykonawca PHU P. G. w swoich lakonicznych wyliczeniach nie ujął

przede wszystkim kosztów zatrudnienia pracowników. Nie wskazał również swojego zysku, jedynie opisał że „wykonawcy udało się uzyskać satysfakcjonującą marżę". Jednak w żaden sposób wykonawca nie wskazał konkretnych wyliczeń, nie przedstawił żadnych dokumentów potwierdzających swoje słowa.

II. 1.1. Brak wykazania szczególnego, wyjątkowego charakteru warunków przytoczonych przez PHU P. G.

Odnosząc się do przedstawionych przez PHU P. G. „wyjaśnień" należy podnieść, że wykonawca nie udowodnił, że okoliczności, na które się powołuje mają charakter wyjątkowy, niedostępny innym przedsiębiorcom obecnym na rynku. W przypadku gdy wykonawca powołuje się na szczególnie sprzyjające warunki, które mają uzasadniać obniżenie ceny, jest zobowiązany wykazać, że są one niedostępne innym wykonawcom oraz wykazać konkretny wpływ tych warunków na obniżenie ceny (wyrok (…) KIO 681/17), a także KIO 3258/22 ...)

W przypadku zamówienia objętego niniejszym postępowaniem, czynniki takie jak doświadczenie czy posiadanie odpowiedniego osprzętu winno być uwzględnione w ofercie każdego wykonawcy, gdyż wywóz odpadów wraz z utylizacją nie mogą być realizowane bez dysponowania opisanych zasobów. Ponadto, całość wyjaśnień jest gołosłowna, i nie poparta żadnymi dowodami. Wykonawca PHU P. G. nie wykazał w żaden sposób, w jaki sposób zamierza poddać utylizacji gruz pochodzący z wywozu odpadów (nie udowodnił, że on lub podwykonawca posiada stosowne zezwolenia na zagospodarowanie odpadów).

Wykonawca w swoich wyjaśnieniach wskazuje jednoznacznie, iż nie będzie korzystał z podwykonawców, a w dalszej części wyjaśnień wskazuje iż otrzymał atrakcyjną ofertę od Zakładu Odbioru Odpadów. Przez co zaprzecza swoim wcześniejszym twierdzeniom.

III. 1.3. Brak wykazania wpływu warunków przytoczonych przez PHU P. G. na możliwość obniżenia ceny.

Następnie, należy zauważyć, iż wykonawca PHU P. G. nie udowodnił jaki konkretnie wpływ na wysokość ceny miały poszczególne okoliczności, na które wykonawca powołał się w swoich wyjaśnieniach. Odwołujący wskazuje za orzecznictwem Izby, iż wykonawca, który składa wyjaśnienia w zakresie rażąco niskiej ceny powinien wskazać, co spowodowało obniżenie ceny, jak również to, w jakim stopniu wskazany czynnik wpłynął na jej obniżenie (zob. wyrok KIO (…) 2659/12). Wykonawcy wolno opisać dowolne przyczyny uzasadniające rzetelną kalkulację ceny ofertowej, jednak pod warunkiem, że mają one charakter obiektywny, dający się zweryfikować. Tymczasem, wykonawca PHU P. G. nie podał żadnych konkretnych, możliwych do weryfikacji informacji, które pozwalałyby ustalić o jakie konkretnie wartości zoptymalizowano poszczególne czynniki cenotwórcze. W wyroku Sądu Okręgowego we Wrocławiu z dnia 8 listopada 2007 r., sygn. akt X Ga 294/06 stwierdzono m.in., że „posiadanie na terenie budowy dobrze prosperującego biura, dysponowanie szerokopasmową siecią teleinformatyczną z wykorzystaniem zaawansowanych narzędzi informatycznych, dysponowanie zapleczem techniczno-organizacyjno-logistycznym, dysponowanie kadrą wykwalifikowanych pracowników

etatowych oraz doświadczenie związane z bieżącym wykonywaniem kontraktów podobnych nie stanowią czynników, które mogły mieć obiektywny wpływ na obniżenie wysokości ceny oferty. Czynniki te powinny być bowiem uwzględnione w ofercie każdego wykonawcy, gdyż tego rodzaju przedsięwzięcia nie mogą być realizowane bez dysponowania opisanymi zasobami". Analogicznie, w przypadku zamówienia objętego niniejszym postępowaniem, czynniki takie jak posiadanie własnego sprzętu i środków transportu powinny być uwzględnione w ofercie każdego wykonawcy, gdyż wywozy odpadów 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 chociażby przedstawiając dokumenty własności.

III. 1.4. Brak wykazania istnienia warunków przytoczonych przez PHU P. G.

W konsekwencji, Odwołujący podkreśla, że wykonawca PHU P. G. nie przedstawił żadnych dowodów na istnienie okoliczności, które w jego ocenie miały mieć wpływ na wysokość ceny. W szczególności, wykonawca nie udowodnił, że dysponuje własnym sprzętem budowlanym, ładowarką oraz własnym transportem ponadgabarytowym (niezbędnym do przewiezienia sprzętu na teren robót). Wykonawca do swoich wyjaśnień załączył jedynie wydruk z listą pracowników, chociaż i ten załącznik nie daje się w żaden sposób potwierdzić jakiego typu są to umowy oraz nie wskazał etatu dla każdego z pracowników, jak i kwot wynagrodzenia.

Reasumując, okoliczności przywołane w wyjaśnieniach nie zostały przez wykonawcę PHU P. G. 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 PHU P. G. na tle pozostałych wykonawców funkcjonujących w tej branży. Nie są to przymioty, które dostępne są wyłącznie firmie PHU P. G. i pozwalają osiągnąć przewagę konkurencyjną tak znaczną, aby umożliwiała ona wykonanie zamówienia oraz osiągnięcie zysku.

II. 2. Brak wykazania kosztów bezpośrednich dla całości zadania.

II. 2. 1. Pracownicy

Wykonawca PHU P. G. nie potwierdził zgodności zaoferowanej ceny z przepisami prawa dotyczącymi kosztów pracy oraz przepisami z zakresu prawa pracy i ubezpieczenia społecznego. W szczególności, wykonawca PHU P. G. nie wykazał zarobków pracowników zatrudnionych w swoim przedsiębiorstwie, mimo że Zamawiający w wezwaniu do złożenia wyjaśnień żądał również przedstawienia dowodów na poparcie wskazanych okoliczności. Zgodnie z

orzecznictwem Izby, dowodami takimi mogą być np. zawarte umowy czy dokumenty płacowe (wyrok Krajowej Izby Odwoławczej z dnia 14 stycznia 2021 r., sygn.

akt KIO 3338/20). Wykonawca PHU P. G. nie złożył żadnego dowodu w tym zakresie a jedynie listę pracowników która w świetle wezwania nie stanowi żadnego dowodu.

Nie wiadomo jaka będzie wysokość wynagrodzenia pracowników wykonawcy oraz jakie koszty poniesie pracodawca. W przedłożonych Zamawiającemu wyjaśnieniach brakuje informacji ile czasu będą pracować poszczególni pracownicy (kierowcy, operatorzy sprzętu, brygadziści). W konsekwencji nie udowodniono Zamawiającemu jakie koszty i w jakiej wysokości wykonawca PHU P. G. poniesienie w związku z oddelegowaniem pracowników do wykonania zamówienia.

II. 2. 2. Sprzęt

Pomimo przedstawionych twierdzeń wykonawca PHU P. G. nie przedstawił żadnych dowodów na okoliczność dysponowania własnym zapleczem sprzętowym wraz ze specjalistycznym osprzętem (ładowarki, pojazdy do transportu).

Ponadto, nie wyjaśniono kosztów związanych z najmem, leasingiem bądź amortyzacją, serwisem i eksploatacją ww. sprzętu. Brakuje dowodów potwierdzających koszt transportu sprzętu na teren prac (nie wykazano okoliczności dysponowania własnym transportem ponadgabarytowym), wykonawca ograniczył się jedynie do lakonicznego twierdzenia, iż posiada własny sprzęt, nie przedstawiając dowodów, iż wskazany sprzęt rzeczywiście należy do niego. Koszt pracy sprzętu wykonawca PHU P. G. określił gołosłownie bez przedstawienia jakichkolwiek dowodów, wskazując jedynie kwotę około 15.000,00 zł. Przy czym nie wskazał nawet, czy jest to kwota netto czy brutto. Reasumując, przy aktualnych cenach paliwa, domniemana cena pracy ładowarki i innego sprzętu jest całkowicie nierealna. Wyjaśnienia nie zawierają jakichkolwiek dowodów potwierdzających rzetelność wskazanej kwoty chociażby wykaz godzinowy pracy sprzętu, koszty paliwa itp.

Ponadto, wykonawca PHU P. G. nie udowodnił żaden sposób, że w deklarowanym terminie wydajność pracy jego sprzętu pozwoli na wykonanie przedmiotu umowy zgodnie z dokumentacją postępowania. Wyjaśnienia wykonawcy PHU P. G. opierają 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.

II. 2. 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. 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 (brak dowodów).

W konsekwencji, wykonawca PHU P. G. nie wyjaśnił konkretnie i wyczerpująco zarówno kosztów pracy ładowarki i samochodu ciężarowego jak i kosztów pracy operatora ładowarki i kierowców ciężarówek. Wykonawca wskazał jedynie ogólnikowo koszty transportu i sprzętu ładowarką w żaden sposób nie wyszczególniając poszczególnych elementów.

II. 2. 4. Materiały i utylizacja odpadów

Wykonawca PHU P. G. gołosłownie deklaruje poniesienie kosztów utylizacji odpadów W szczególności, nie udowodniono Zamawiającemu, że PHU P. G. zamierza zgodnie z prawem i na warunkach rynkowych wykonać utylizację. Twierdzenia na temat planowanych kosztów z tytułu utylizacji odpadów o kodach 17 09 04, 17 0101 oraz 16 01 03 są całkowicie dowolne i niepotwierdzone.

Ponadto, wykonawca PHU P. G. nie przedstawił oferty (lub innego dowodu) na potwierdzenie kosztów utylizacji odpadów, przedstawionych w swoich „wyjaśnieniach”.

II. 3. Wnioski

Wykonawca PHU P. G. nie potwierdził zgodności zaoferowanej ceny z przepisami prawa dotyczącymi kosztów pracy oraz przepisami z zakresu prawa pracy i ubezpieczenia społecznego. W szczególności, wykonawca PHU P. G. nie wykazał zarobków pracowników zatrudnionych w swoim przedsiębiorstwie, mimo że Zamawiający w wezwaniu do złożenia wyjaśnień żądał również przedstawienia dowodów na poparcie wskazanych okoliczności. Zgodnie z orzecznictwem Izby, dowodami takimi mogą być np. zawarte umowy czy dokumenty płacowe (wyrok (…) KIO 3338/20).

Wykonawca PHU P. G. nie złożył żadnego dowodu w tym zakresie. Pomimo przedstawionych twierdzeń wykonawca PHU P. G. nie przedstawił żadnych dowodów na okoliczność dysponowania własnym zapleczem sprzętowym wraz ze specjalistycznym osprzętem (ładowarki, samochody). Ponadto, nie wyjaśniono kosztów związanych z najmem, leasingiem bądź amortyzacją, serwisem i eksploatacją ww. sprzętu. Brakuje dowodów potwierdzających koszt transportu sprzętu na teren (nie wykazano okoliczności dysponowania własnym transportem ponadgabarytowym). Nie potwierdzono również własności sprzętu. Również w przypadku kosztów transportu (kosztów pracy samochodów ciężarowych) w żaden sposób nie wyjaśniono ani nie udowodniono, że koszty te uwzględniono w cenie oferty. Wykonawca PHU P. G. 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. Podsumowując dotychczasową część uzasadnienia

odwołania należy podkreślić, że „wyjaśnienia” PHU P. G. są nieprecyzyjne, ogólnikowe, nie odnoszą się do treści wezwania oraz nie zostały poparte wiarygodnymi dowodami. Podsumowując dotychczasową część uzasadnienia

odwołania należy podkreślić, że „wyjaśnienia” PHU P. G. są nieprecyzyjne, ogólnikowe, nie odnoszą się do treści wezwania oraz nie zostały poparte wiarygodnymi dowodami. Należy podkreślić, że na wezwanie Zamawiającego wykonawca PHU P. G. odniósł się w sposób ogólnikowy, pomijając większość elementów wymienionych w wezwaniu Zamawiającego oraz nie przedstawił żadnych wiarygodnych dowodów. Tymczasem, powszechnie przyjmuje się, że wyjaśnienia wykonawcy, udzielone w trybie art. 224 ust. 1 Pzp, nie mogą mieć charakteru ogólnego, nie mogą ograniczać się do zapewnienia, że wykonawca będzie w stanie zrealizować zamówienie za podaną w ofercie cenę. Wykonawca, wezwany do udzielenia wyjaśnień, jest zobowiązany szczegółowo wskazać konkretne, dające się zweryfikować czynniki umożliwiające mu skalkulowanie ceny lub kosztu na niskim poziomie. Wykonawca powinien przedstawić w jakim stopniu dany czynnik wpłynął na obniżenie ceny (por. wyrok (…) KIO 170/20). Wyjaśnienia ogólnikowe i gołosłowne zrównuje się w orzecznictwie Izby z brakiem tych wyjaśnień. W wyroku KIO (…) 109/12, Izba stwierdziła, że wskazówką dla wykonawcy składającego wyjaśnienia winien być przepis art. 90 ust. 3 Pzp w którym jest mowa nie tylko o złożonych wyjaśnieniach, ale również o dowodach na ich potwierdzenie. Oczywistym jest zatem, że przedstawione wyjaśnienia winny być nie tylko konkretne i przekonywujące, ale również poparte stosownymi dowodami. Również zamawiający w swoim wezwaniu wskazał w sposób jednoznaczny, iż wykonawca jest zobowiązany do przedłożenia dowodów. Złożenie wyjaśnień niepełnych, ogólnikowych, nierozpraszających wątpliwości leżących u podstaw wezwania, pociąga za sobą sankcję w postaci odrzucenia oferty. Wykonawca działający z należytą starannością winien odpowiednio zareagować na wezwanie Zamawiającego, mając na względzie skutki, jakie ustawa wiąże z instytucją wyjaśnień. Wykonawca może, bądź za pomocą dowolnych środków dowodowych wzmacniać prezentowaną argumentację, lub też poprzestać na wyjaśnieniach, co czyni jednak wyłącznie na własne ryzyko. Złożenie wyjaśnień wystarczająco szczegółowych, umotywowanych oraz przekonywujących, że cena nie jest rażąco niska, jest obowiązkiem wykonawcy (…). Biorąc pod uwagę wyjaśnienia PHU P. G. oraz lakoniczną informację o kosztach, które to są zaniżone bądź nieprzewidziane przez wykonawcę oraz brak dowodów, należy uznać cenę jego oferty za rażąco niską w rozumieniu ustawy Prawo zamówień publicznych. Dokonując analizy wyjaśnień złożonych przez wykonawcę PHU P. G., nie trudno oprzeć się wrażeniu, iż wyjaśnienia te są zbyt ogólne, by uznać je za wystarczające do uznania, że wykonawca ten nie zaoferował rażąco niskiej ceny w przedmiotowym postępowaniu o udzielenie zamówienia publicznego. Wykonawca w istocie nie odniósł się do treści wezwania Zamawiającego, nie wskazał żadnych okoliczności, które miały wpływ na obniżenie ceny, oraz nie podał w jaki sposób i o jakie wartości cena mogła zostać obniżona. Wykonawca nie powołał się na żadne okoliczności, które byłyby wyjątkowe i nie przysługiwały innym

wykonawcom, ubiegającym się o zamówienie. Wykonawca nie udzielił w istocie odpowiedzi na żadne pytania zadane mu przez Zamawiającego. Należy podkreślić, iż, wzywając wykonawcę PHU P. G. do złożenia wyjaśnień w kwestii zaoferowanej ceny, Zamawiający bardzo dokładnie wskazał, jakiego rodzaju wyjaśnień oczekuje wraz z zaznaczeniem obowiązku wykazania, w jaki sposób okoliczności te będą miały wpływ na zaoferowaną cenę. Wreszcie, co również jest istotne, Zamawiający wprost oczekiwał przedstawienia dowodów na potwierdzenie okoliczności wpływających na obniżenie ceny, na które wykonawca będzie się powoływał oraz „..wyjaśnień konkretnych i wyczerpujących..”, których w wyjaśnieniach wykonawcy jest brak. Złożone przez wykonawcę PHU P. G. gołosłowne wyjaśnienia ceny oferty, niepoparte dowodami dotyczącymi zasadniczych kosztów realizacji zamówienia (w tym kosztów pracy ładowarki, kosztów utylizacji odpadów, nie zasługiwały na pozytywną ocenę Zamawiającego. Tymczasem, w orzecznictwie uznaje się, iż Zamawiający nie może zastępować wykonawcy w składaniu wyjaśnień czy dowodów (por. wyrok (…) KIO 2391/16; KIO 2392/16). Ustawowe pojęcie „wykazania” jest tożsame z pojęciem „udowodnienia", a nie „uprawdopodobnienia”. Oznacza to, iż wykonawca składający wyjaśnienia musi przedstawić wszelkie dowody, które potwierdzą, że możliwe będzie wykonanie przedmiotu zamówienia za cenę podaną w ofercie. Jednak wyjaśnienia te i dowody muszą mieć charakter obiektywny, albowiem wprost nakazuje to norma z art. 224 ust. 5 Pzp, która ciężar dowodowy w tym zakresie przerzuca na wykonawcę. Z opisanym wyżej obowiązkiem wykonawcy w pełni skorelowany jest obowiązek Zamawiającego wnikliwej i obiektywnej oceny składanych wyjaśnień. Przyjmuje się bowiem, iż nie tylko wyjaśnienia, dane i dowody wskazane przez wykonawcę powinny być na tyle konkretne, aby możliwa była ich weryfikacja oraz ocena wiarygodności, lecz również, iż wykonawcy mają prawo oczekiwać, że złożone w postępowaniu oferty i wyjaśnienia zostaną ocenione zgodnie z wyartykułowanymi przez zamawiającego wymaganiami oraz na podstawie ustawy, w poszanowaniu zasad udzielania zamówień publicznych (tak wyrok KIO 1036/19; wyrok KIO 846/16; wyrok KIO 1946/18; wyrok KIO 1001/17).

Reasumując, skoro wykonawca PHU P. G. 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 PHU P. G. powołuje się gołosłownie na swoje zaplecze techniczne oraz na atrakcyjną ofertę kontrahenta której to nie załączył jako dowód na potwierdzenie swoich słów. Wyjaśnienia w zakresie ceny oferty lub ich istotnych części składowych powinny zostać

rzetelnie opracowane oraz zawierać konkretne i wyczerpujące informacje. Wyjaśnienia wykonawcy PHU P. G. zostały przedstawione w sposób lakoniczny. W piśmie wykonawcy został zawarty zbiór informacji niepowiązanych ze sobą, nie wnoszących nic do sprawy oświadczeń, nie popartych komentarzami i rzetelnymi dowodami. Na mocy art. 224 ust. 6 Pzp Zamawiający jest zobowiązany odrzucić ofertę Wykonawcy, który nie udzielił wyjaśnień, lub jeżeli dokonana ocena złożonych przez Wykonawcę wyjaśnień oraz dostarczonych dowodów potwierdzi, że oferta zawiera rażąco niską cenę lub koszt w stosunku do przedmiotu zamówienia (wyrok KIO 1362/19). W tym miejscu należy podkreślić, iż na kanwie postępowań o udzielenie zamówień na roboty rozbiórkowe wykształciło się już bogate orzecznictwo Izby. Dla przypomnienia, w ww. wyroku KIO 1060/19, Izba uznała, że "jeśli wykonawcy dostępne są szczególne tylko jemu uwarunkowania cenowe - musi przedstawić dowody potwierdzające ich realne istnienie po jego stronie. Same

wyjaśnienia nie wystarczą gdyż są gołosłowne. W zakresie konieczności załączenia dowodów do wyjaśnień Izba podkreśla za wyrokiem KIO 596/16: 'W odniesieniu do obowiązku przedstawienia dowodów Izba wskazuje, że obowiązek ten spoczywa na wykonawcy w każdej sytuacji powołania się na okoliczności, w przypadku których możliwe jest przedłożenie dowodów. Poprzestanie w takiej sytuacji na oświadczeniu własnym wykonawcy jest niewystarczające i czyni wyjaśnienia gołosłownymi. Mogą oczywiście pojawić się w wyjaśnieniach takie okoliczności, w przypadku których złożenie dodatkowych dowodów nie jest niezbędne, a samo oświadczenie wykonawcy pokazuje prawidłowość kalkulacji ceny. Jeżeli jednak wykonawca powołuje się na takie okoliczności jak szczególnie niskie koszty zakupu materiałów / środków potrzebnych do wykonania zamówienia, innowacyjną politykę czy dysponowanie własnym sprzętem może i powinien załączyć do wyjaśnień stosowne umowy, oferty, dokumenty wewnętrzne firmy, które potwierdzą powyższe okoliczności. Podobnie w wyroku KIO 1764/18. (…)

III. Pozostałe zarzuty oraz podsumowanie

Obowiązkiem Zamawiającego jest prowadzenie postępowania o udzielnie zmówienia publicznego z poszanowaniem zasad zamówień publicznych oraz w zgodzie z obowiązkami nałożonymi na niego przez ustawę.

Podsumowując, Odwołujący podkreśla, że właściwa ocena wyjaśnień złożonych przez wykonawcę PHU P. G. powinna skutkować odrzuceniem wskazanej oferty, bowiem wyjaśnienia te są bardzo ogólnikowe, niekompletne oraz nie odpowiadają wymaganiom wskazanym przez Zamawiającego, brakiem odpowiedzi na większość postanowionych punktów (w szczególności w zakresie elementu dowodowego). Z zarzutami omawianymi wcześniej koresponduje zarzut naruszenia art. 16 pkt 1, 2 i 3 Pzp, poprzez zaniechanie przeprowadzenia postępowania o udzielenie zamówienia publicznego w sposób

zapewniający zachowanie uczciwej konkurencji i równe traktowanie wykonawców oraz zgodnie z zasadami proporcjonalności i przejrzystości, co polegało na pominięciu braku wiarygodnych wyjaśnień oraz dowodów, jakie nie zostały złożone przez ww. wykonawcę. Skoro Zamawiający żądał złożenia dowodów wraz z wyjaśnieniami, to nie powinien premiować wykonawcy, który takich dowodów nie dostarczył. Takie preferencyjne traktowanie PHU P. G. odbyło się bowiem z naruszeniem interesu Odwołującego.

Zamawiający w odpowiedzi na odwołanie (pismo z dnia 11/01/2023) wniósł o jego oddalenie wskazując w szczególności:

(…)

Podstawowym zarzutem stawianym przez Odwołującego jest zaniechanie odrzucenia oferty Wykonawcy (P. G. prowadzący działalność gospodarczą pod nazwą PHU P. G.) z powodu rażąco niskiej ceny. Dalej zamawiający wskazał, że działając na podstawie art. 224 ust. 1 i 2 oraz art. 223 ust. 1 Pzp, (…) pismem z dnia 21.12.2022 r. wezwał Wykonawcę do udzielenia wyjaśnień, w tym do złożenia dowodów dotyczących wyliczenia zaoferowanej ceny, w następującym zakresie: 1) zarządzania procesem Świadczonych usług; 2) wybranych rozwiązań technicznych, wyjątkowo korzystnych warunków dostaw, usług; 3) oryginalności dostaw, usług 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) tub 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." Podał, że (…) Zamawiający zażądał w szczególności wyjaśnień dotyczących elementów oferty Wykonawcy w zakresie opisanym powyżej w pkt. 4) i 6).

W odpowiedzi na powyższe, w piśmie z dnia 22.12.2012 r., Wykonawca wskazał, że: wszystkie osoby skierowane do wykonania zadania są zatrudnione na stałe u Wykonawcy, – część czynności Wykonawca wykona samodzielnie, posiada własny i kompleksowy sprzęt (ładowarkę, pojazdy do transportu), potrzebny do wykonania zadania,

– nie będzie korzystał z podwykonawców oraz nie będzie zatrudniał dodatkowych osób,

– w ramach długoletniej współpracy oraz negocjacji uzyskał atrakcyjną cenę w Zakładzie Odbioru Odpadów na poziomie: 260,00 zł/tona za odpady o kodzie 17 09 04 (szacunkowo 100 ton), za gruz betonowy o kodzie 17 OI OI - 120,00 zł/tona (szacunkowo 300 ton) oraz zużyte opony kod 16 01 03 - 2.700 Zł/tona (szacunkowo 1 tona),

– koszt transportu oraz pracy sprzętu "niesie łącznie 15.000,00 zł,

– po wykonaniu zadania Wykonawca przedstawi wszystkie dokumenty w systemie BDO, – biorąc pod uwagę powyższe, Wykonawcy udało się uzyskać satysfakcjonującą marzę.

Do wyjaśnień została załączona lista czternastu osób zgłoszonych przez Wykonawcę do ubezpieczeń, wygenerowana z Nowego Portalu Informacyjnego Platformy Usług Elektronicznych dla Klientów ZUS.

Dokonując oceny złożonych przez Wykonawcę wyjaśnień oraz załączonego wykazu osób zgłoszonych do ubezpieczeń, Zamawiający miał na względzie, że brak dowodów nie powinien przesądzać o odrzuceniu oferty. Zamawiający ma prawo zażądać odpowiednich dowodów, jednak ich niezłożenie nie może skutkować automatycznym uznaniem oferty za podlegającą odrzuceniu z powodu rażąco niskiej ceny lub kosztu. Zamawiający zobowiązany jest przeanalizować i ocenić otrzymane Wyjaśnienia m. in. pod kątem ich wiarygodności i dopiero w przypadku uznania, że nie odzwierciedlają

one rzeczywistego stanu rzeczy, powinien odrzucić ofertę. (por. J. Pieróg, Prawo zamówień publicznych. Komentarz. Wyd. 15, Warszawa 2019).

Biorąc za podstawę powyższe, Zamawiający uznał, że Wykonawca dysponuje odpowiednią liczbą osób niezbędnych do realizacji zamówienia. Zamawiający nie miał podstawy, by uznać za niewiarygodne oświadczenie Wykonawcy o zatrudnianiu Osób widniejących jako zgłoszone do ubezpieczeń. Zamawiający nie miał również podstawy, by uznać, że Wykonawca nie przestrzega wobec zatrudnionych osób przepisów dotyczących wysokości minimalnego wynagrodzenia za pracę, czy też minimalnej stawki godzinowej.

Podobnie, Zamawiający uznał za wiarygodne oświadczenia dotyczące: posiadanego przez Wykonawcę sprzętu potrzebnego do wykonania zadania, ustalonych cen za utylizację odpadów, kosztu transportu oraz pracy sprzętu, zamiaru przedstawienia wszystkich wymaganych dokumentów po realizacji zadania, a także wkalkulowania w podaną cenę ofertową zysku.

Dokonując oceny złożonych przez Wykonawcę wyjaśnień Zamawiający miał na względzie wieloletnie doświadczenie Wykonawcy w zakresie prowadzonej działalności gospodarczej (wg. wpisu w CEIDG od 16.07.1997 r.), w tym posiadane zezwolenie na transport odpadów (wg. wpisu w CEIDG Od 3.11.2015 r.), a co za tym idzie, zdolność do oszacowania kosztów niezbędnych do realizacji zamówienia.

Zamawiający miał również na uwadze okoliczność wzięcia udziału przez Wykonawcę w wizji lokalnej, pozwalającej na oszacowanie we własnym zakresie ilości oraz miejsca położenia odpadów.

W zakresie podanego przez Wykonawcę kosztu transportu Zamawiający wziął pod uwagę bliskość siedziby Wykonawcy od miejsca położenia odpadów (wg. mapy Google 13,1 km). Zgodnie z Opisem przedmiotu zamówienia, transport odpadów miał nastąpić do najbliższego legalnego wysypiska śmieci celem utylizacji.

W zakresie deklaracji przedstawienia „wszystkich dokumentów w systemie BDO", Zamawiający ustalił w systemie BDO, że Wykonawca posiada wpis w Dziale VII „Transportujący odpady", w zakresie dotyczącym kodów odpadów wskazanych przez Wykonawcę w wyjaśnieniach, adekwatnych do przedmiotu zamówienia.

- wydruk z CEIDG,
- notatka z wizji lokalnej z dnia 12.12.2022 r.,
- wydruk z mapy Google, - wydruk z Systemu BDO.

Udzielone wyjaśnienia oraz złożony dokument, pomimo nie przedłożenia dowodów w stosunku do pozostałych elementów, z uwagi na ich treść oraz okoliczności wskazane powyżej, zostały uznane przez Zamawiającego za wiarygodne i wystarczające, a w konsekwencji, nie pozwalały na uznanie, że zaoferowana cena jest rażąco niska.

Z tych względów, w ocenie Zamawiającego, nie zaszły przestanki do odrzucenia oferty Wykonawcy.

Do postępowania odwoławczego nie zgłosił przystąpienia żaden z wykonawców. Termin na takie zgłoszenie upływał (w zw. z art. 8 ustawy Pzp) w dniu 9 stycznia 2023 r. Tak jak podał Zamawiający w piśmie z dnia 4.01.2023 r. w jego punkcie 4): „Dnia 03.01.2023 r. Zamawiający przy użyciu Platformy zakupowej pod adresem: przesłał kopię odwołania Wykonawcom biorącym udział w postępowaniu, wniesionego do Zamawiającego w dniu 02.01.2023 r. przez: NUVO RENT Sp. z o.o. ul. Twarda 18 00-105 Warszawa."

Izba ustaliła i zważyła, co następuje:

Odwołujący w odwołaniu podniósł kluczowy zarzut naruszenia art. 224 ust. 6 ustawy Pzp ,(…) wyrażający się w zaniechaniu odrzucenia oferty Konkurenta, [wykonawcy PHU P. G., prowadzącego działalność gospodarczą pod firmą PHU P. G. (PHU P. G.] z uwagi na (1) udzielenie przez tego wykonawcę wyjaśnień, które nie uzasadniają podanej w ofercie ceny, w szczególności wymaganych kosztów osobowych zatrudnionych pracowników, którzy będą wykonywać czynności w trakcie realizacji zamówienia, przy uwzględnieniu wymagań określonych w SWZ oraz zobowiązań wynikających z powszechnie obowiązujących przepisów dotyczących kosztów pracy, w szczególności ustawy o minimalnym wynagrodzeniu za pracę.

W wezwaniu z dnia 21.12.2022 r. Zamawiający wskazując na art. 224 ust. 1 i 2 oraz art. 223 ust. 1 ustawy Pzp podał: (…) w celu ustalenia czy Państwa oferta zawiera rażąco niską cenę w stosunku do przedmiotu zamówienia oraz czy oferta uwzględnia wszystkie wymagania zawarte w SWZ, zwraca się o udzielenie wyjaśnień dotyczących treści złożonej oferty, oraz elementów oferty mających wpływ na wysokość zaoferowanej ceny, w zakresie: 1) zarządzania procesem świadczonych usług;

2) wybranych rozwiązań technicznych, wyjątkowo korzystnych warunków dostaw, usług;

3) oryginalności dostaw, usług 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.

Zamawiający weryfikując ofertę ustalił, że Wykonawca oferuje wykonanie przedmiotu zamówienia za kwotę o:

• 48,58% niższą od wartości zamówienia powiększonej o należny podatek od towarów i usług, ustalonej przed wszczęciem postępowania.

W związku z powyższym Zamawiający żąda w szczególności wyjaśnień w zakresie opisanym powyżej w pkt. 4) i 6).

Wyjaśnienia Wykonawcy będą oceniane przez Zamawiającego w oparciu o przedstawione czynniki obiektywne mające wpływ na zaoferowaną cenę. Wykonawca w wyjaśnieniach musi wykazać, iż zaproponowana cena nie jest rażąco niska – wyjaśnienia muszą być konkretne i wyczerpujące, a przedstawione dowody powinny potwierdzać, że zaproponowane ceny zostały skalkulowane w sposób rzetelny i umożliwiający wykonanie zamówienia zgodnie z warunkami określonymi przez Zamawiającego. Wykonawca powinien mieć świadomość, iż celem wyjaśnień jest umożliwienie dokonania przez Zamawiającego prawidłowej oceny, dlatego wyjaśnienia muszą zawierać informację przydatne dla owej oceny.

Jednocześnie Zamawiający przypomina, że zgodnie z art. 224 ust. 5 ustawy Pzp, obowiązek wykazania, że oferta nie zawiera rażąco niskiej ceny spoczywa na wykonawcy. Ponadto, zgodnie z art. 224 ust. 6 ustawy Pzp, Zamawiający odrzuca ofertę wykonawcy, który nie udzielił wyjaśnień w wyznaczonym terminie lub jeżeli złożone wyjaśnienia wraz z dowodami nie uzasadniają podanej w ofercie ceny”.

Wykonawca w odpowiedzi na to wezwanie (pismo z dnia 22.12.22) podał: „Wyjaśnienie

Wykonawca informuje że wszystkie osoby skierowane do wykonania zadania są zatrudnione na stałe w firmie PHU P. G. na "Umowę o Pracę". Część czynności wykonawca będzie wykonywał samodzielnie.

Wykonawca posiada własny i kompleksowy sprzęt (ładowarka, pojazdy do transportu) potrzebny do wykonania zadania. Wykonawca nie będzie korzystał z podwykonawców oraz nie będzie zatrudniał dodatkowych osób.

Wykonawca oświadcza że w ramach długoletniej współpracy oraz negocjacji uzyskał atrakcyjną cenę w Zakładzie Odbioru Odpadów na poziomie 260,00 zł/tona za odpady o kodzie 17 09 04 (szacunkowo 100 ton), za gruz betonowy o kodzie 17 01 01- 120,00 zł/tona(szacunkowo 300 ton) oraz zużyte opony kod 16 01 03-2 700,00 zł/tona (szacunkowo 1 tona). Dodatkowo koszt transportu oraz pracy sprzętu to łącznie ok 15.000,00 zł.

Po wykonaniu zadania wykonawca przedstawi wszystkie dokumenty w systemie BDO.

Biorąc pod uwagę powyższe, wykonawcy udało się uzyskać satysfakcjonującą marżę.”

Do tych wyjaśnień dołączył dokument oznaczony jako: „Lista osób zgłoszonych do ubezpieczeń”. W tabel umieścił 14 osób z zaznaczonymi w rubryce 1 imionami, nazwiska i Pesel (zamieszczone w rubryce 2 i 3 ) zostały zaczernione (bez komentarza), a w ostatniej rubryce oznaczonej jako „Aktywny” zamieszczone stwierdzenie „TAK” w odniesieniu do każdej z osób.

Przedmiotem zamówienia w niniejszym postępowaniu zgodnie z pkt 6.1 SWZ jest:

„Rozbudowa drogi S3/A6 odc. Kijewo / z węzłem/ - w. Rzęśnica /bez węzła/ - Kijewo -wywóz odpadów wraz z utylizacją”

W zakresie budowy „Rozbudowa drogi S3/A6 odc. w. Kijewo / z węzłem/ - w. Rzęśnica /bez węzła/ -Rozbudowa węzła Kijewo” wystąpiła konieczność wywozu odpadów wraz z utylizacją w ilości około 300m3 o kodach 170101, 160103”.

W opisie tego przedmiotu zamówienia do którego nawiązuje pkt 6.2 SWZ [Szczegółowo przedmiot zamówienia opisany został w Tomie II-III SWZ] w szczególności w pkt I. 3-11. wskazano: (...)

3. Ilość odpadów do załadunku, wywiezienia i utylizacji wynosi 300 m3, tj. około 600 t.

4. Kod odpadu 17 01 07 - Zmieszane odpady z betonu, gruzu ceglanego, odpadowych materiałów ceramicznych i elementów wyposażenia inne niż wymienione w 17 01 06, Kod odpadu 16 01 03 - Zużyte opony.

5. Zakres prac obejmuje przesortowanie gruzowiska, załadunek odpadów, wywiezienie odpadów oraz ich utylizację.

6. Zamówienie wykonawca będzie realizował w sposób nie utrudniający ruchu pojazdów i nie zagrażający bezpieczeństwa użytkownikom dróg.

7. Odpady, zebrane zanieczyszczenia, śmieci itd. Wykonawca dostarczy do najbliższego legalnego wysypiska

śmieci celem utylizacji.

8. Koszty transportu i utylizacji pokrywa Wykonawca.

9. Po realizacji zadania, do zgłoszenia o zakończeniu wykonania usługi, Wykonawca zobowiązany jest do przedłożenia Zamawiającemu kart przekazania i utylizacji odpadów.

10. Termin wykonania zamówienia: w ciągu 30 dni od dnia podpisania umowy.

11. Rozmieszczenie hałd z odpadami (H1-H6) oraz zdjęcie poglądowe jednej z hałd pokazane są na poniżej zamieszczonej mapie oraz na zdjęciu, sporządzonych przez Generalnego Wykonawcę rozbudowy drogi S3/A6 odc. Kijewo /z węzłem/ - BUDIMEX S.A."

Zamawiający w pisemnym stanowisku (w odpowiedzi na zarzuty odwołania) w pierwszej kolejności podał, że (na podstawie tych wyjaśnień) uznał, że „Wykonawca dysponuje odpowiednią liczbą osób niezbędnych do realizacji zamówienia. Zamawiający nie miał podstawy, by uznać za niewiarygodne oświadczenie Wykonawcy o zatrudnianiu Osób widniejących jako zgłoszone do ubezpieczeń. Zamawiający nie miał również podstawy, by uznać, że Wykonawca nie przestrzega wobec zatrudnionych osób przepisów dotyczących wysokości minimalnego wynagrodzenia za pracę, czy też minimalnej stawki godzinowej. Podobnie, Zamawiający uznał za wiarygodne oświadczenia dotyczące: posiadanego przez Wykonawcę sprzętu potrzebnego do wykonania zadania, ustalonych

cen za utylizację odpadów, kosztu transportu oraz pracy sprzętu, zamiaru przedstawienia wszystkich wymaganych dokumentów po realizacji zadania, a także wkalkulowania w podaną cenę ofertową zysku".

Izba z kolei, mając na uwadze tak ustalony stan faktyczny stwierdza, że należało zgodzić się z Odwołującym, że:

1) W wezwaniu wykonawca PHU P. G., został zobowiązany, aby szczegółowo wskazał konkretne, dające się zweryfikować czynniki umożliwiające mu skalkulowanie ceny lub kosztu na tak niskim poziomie jak w ofercie. Wykonawca takich czynników wpływających na obniżenie ceny nie przedstawił.

2) Wezwany wykonawca PHU P. G. w wyjaśnieniach odniósł się w sposób ogólnikowy do treści wezwania, pomijając większość elementów w nim wymienionych nie przedstawiając de facto żadnych dowodów. Tzw. „Listę płac (…) z zawartością opisanych danych trudno uznać za dowód a tym bardziej dowód wiarygodny skorelowany z tym przedmiotem zamówienia i w tej sprawie. Wskazując na atrakcyjną cenę jaką uzyskał w Zakładzie Odbioru Odpadów na poziomie 260,00 zł/tona za odpady o kodzie 17 09 04 (szacunkowo 100 ton) Wykonawca powołał się na długoletnią współpracę oraz negocjacje, które to deklaracje są tak ogólne, że na ich podstawie nie było (i nie jest) możliwe ich zweryfikowanie. Ponadto te wyjaśnienia odnosi się do odpadu o kodzie i tonażu nie ujętym w OPZ, co tym bardziej powinno wymagać dodatkowo omówienia przez wykonawcę wezwanego. Tak jak wskazano wg pkt 6.2 SWZ: (…) 3. Ilość odpadów do załadunku, wywiezienia i utylizacji wynosi 300 m3, tj. około 600 t. 4. Kod odpadu 17 01 07 - Zmieszane odpady z betonu, gruzu ceglanego, odpadowych materiałów

ceramicznych i elementów wyposażenia inne niż wymienione w 17 01 06, Kod odpadu 16 01 03 - Zużyte opony(…).

3) Zamawiający dokonując oceny wyjaśnień zastąpił wykonawcę (na co nie pozwala ustawa Pzp) w składaniu wyjaśnień oraz dowodów.

Wyjaśnienia wykonawcy, udzielane w trybie art. 224 ust. 1 Pzp, mogą mieć charakter ogólny o ile uzasadnia to wezwanie i przedmiot zamówienia czy/i jego warunki realizacji), ale nie mogą ograniczać się tylko do zapewnienia, że wykonawca będzie w stanie zrealizować zamówienie za podaną w ofercie cenę z lakoniczną informacją m.in. co do kosztów. Wykonawca prezentowaną argumentację może wzmacniać za pomocą dowolnych środków dowodowych, lub – gdy jest to jego zdaniem uzasadnione na własne ryzyko – poprzestać (wskazując na takie okoliczności) na wyjaśnieniach. Jednakże wykonawca taki nie działający odpowiednio do treści wezwania może ponieść negatywne skutki, jakie ustawa Pzp wiąże z instytucją wyjaśnień. W tej sprawie Zamawiający w

wezwaniu wskazał jednoznacznie, jakie zagadnienia powinny być ujęte w wyjaśnieniach oraz, że wykonawca jest zobowiązany do przedłożenia dowodów. Zwrócił też uwagę, że weryfikując ofertę ustalił, że wykonawca oferuje wykonanie przedmiotu zamówienia za kwotę o 48,58% niższą od wartości zamówienia powiększonej o należny podatek od towarów i usług, ustalonej przed wszczęciem postępowania. Izba zwraca uwagę, że drugi z wykonawców (Odwołujący) zaoferował cenę także znacząco wyższą niż PHU P. G., a mianowicie: 207.870 zł.

Tym samym złożenie wyjaśnień ogólnikowych, nieskorelowanych z wątpliwościami wskazywanymi w wezwaniu, powoduje w konsekwencji sankcję odrzucenia oferty na podstawie art. 224 ust.6 Pzp. W tym przypadku należało zgodzić się z Odwołującym, że „Biorąc pod uwagę wyjaśnienia PHU P. G. oraz lakoniczną informację o kosztach, które są zaniżone bądź nieprzewidziane przez wykonawcę oraz brak dowodów, należy uznać cenę jego oferty za rażąco niską w rozumieniu ustawy Prawo zamówień publicznych". Ponadto, co wymaga podkreślenia, wezwany wykonawca PHU P. G. nawet nie potwierdził zgodności zaoferowanej ceny (co było podkreślone w wezwaniu) z przepisami prawa dotyczącymi kosztów pracy oraz przepisami z zakresu prawa pracy i ubezpieczenia społecznego. Załączoną Listę płac (…) trudno uznać (jak już wskazano) za dowód wiarygodny skorelowany z tym przedmiotem zamówienia. Co do sprzętu PHU P. G. nie przedstawił żadnych dowodów na okoliczność dysponowania własnym zapleczem sprzętowym wraz ze specjalistycznym osprzętem (ładowarki, samochody). W przypadku kosztów transportu (kosztów pracy samochodów ciężarowych) w żaden sposób nie wyjaśniono w jakiej wysokości te koszty zostały uwzględnione w cenie oferty.

Co do pozostałych zarzutów Izba również zgodziła się z Odwołującym, że „Obowiązkiem Zamawiającego jest prowadzenie postępowania o udzielnie zmówienia publicznego z poszanowaniem zasad zamówień publicznych oraz w zgodzie z obowiązkami nałożonymi na niego przez ustawę". Zamawiający nie może zastępować wykonawcy w składaniu wyjaśnień czy dowodów. W tej sprawie właściwa ocena wyjaśnień złożonych przez wykonawcę PHU P. G. powinna skutkować - jak już wskazywano -odrzuceniem oferty tego wykonawcy, a nie jej wyborem. Niewątpliwie z zarzutami omawianymi wcześniej koresponduje zarzut naruszenia art. 16 pkt 1, 2 i 3 Pzp, trudno bowiem byłoby uznać, że w przedmiotowym postępowaniu o udzielenie zamówienia publicznego ocena wyjaśnień wykonawcy PHU P. G.(w konsekwencji jej wybór) została dokonana z poszanowaniem reguł uczciwej konkurencji i równe traktowanie wykonawców oraz zgodnie z zasadami proporcjonalności i przejrzystości, w sytuacji, gdy Zamawiający dokonując oceny tej oferty w aspekcie ceny – jak podaje w odpowiedzi na odwołanie i co podtrzymał na rozprawie: (…) miał na względzie wieloletnie doświadczenie Wykonawcy w

zakresie prowadzonej działalności gospodarczej (wg. wpisu w CEIDG od 16.07.1997 r.), w tym posiadane zezwolenie na transport odpadów (wg. wpisu w CEIDG Od 3.11.2015 r.), a co za tym idzie, zdolność do oszacowania kosztów niezbędnych do realizacji zamówienia. Zamawiający miał również na uwadze okoliczność wzięcia udziału przez Wykonawcę w wizji lokalnej, pozwalającej na oszacowanie we własnym zakresie ilości oraz miejsca położenia odpadów. W zakresie podanego przez Wykonawcę kosztu transportu Zamawiający wziął pod uwagę bliskość siedziby Wykonawcy od miejsca położenia odpadów (wg. mapy Google 13,1 km). Zgodnie z Opisem przedmiotu zamówienia, transport odpadów miał nastąpić do najbliższego legalnego wysypiska śmieci celem utylizacji.

W zakresie deklaracji przedstawienia „wszystkich dokumentów w systemie BDO", Zamawiający ustalił w systemie BDO, że Wykonawca posiada wpis w Dziale VII „Transportujący odpady", w zakresie dotyczącym kodów odpadów wskazanych przez Wykonawcę w wyjaśnieniach, adekwatnych do przedmiotu zamówienia". A jako dowody załączył: wydruk z CEIDG, notatkę z wizji lokalnej z dnia 12.12.2022 r., wydruk z mapy Google, - wydruk z Systemu BDO". Nie wyjaśnił także różnic w tonażu, jakie Wykonawca przyjął do wyceny. Tej kwestii nie wyjaśnił także przedłożony na rozprawie kosztorys sporządzony w cenach IV kwartału 2020 r. Dotyczy ponadto ilości zbliżonych do tych z SWZ i OPZ (600 t) a nie wskazywanych w wyjaśnieniach (400t).

Zatem taka bezkrytyczna ocena tych wyjaśnień mogła prowadzić do wniosku, że wykonawca PHU P. G. był preferencyjne traktowany z naruszeniem interesu Odwołującego, co w konsekwencji powoduje naruszenie zasad określonych we wskazanym art. 16 ustawy Pzp. W konsekwencji także za zasadny należało uznać zarzut naruszenia art. 239 ust. 1 Pzp, albowiem dokonano wyboru oferty PHU P. G. jako oferty najkorzystniejszej w niniejszym postępowaniu, podczas gdy oferta wykonawcy podlegała odrzuceniu z powodu rażąco niskiej ceny.

O kosztach postępowania odwoławczego orzeczono stosownie do jego wyniku na podstawie art. 557 i 575 ustawy Pzp oraz uwzględniając przepisy rozporządzenia Prezesa Rady Ministrów z dnia 30 grudnia 2020r. w sprawie szczegółowych rodzajów kosztów postępowania odwoławczego, ich rozliczania oraz wysokości i sposobu pobierania wpisu od odwołania (Dz. U. z 2020r. poz. 2437).

Mając powyższe na uwadze orzeczono jak w sentencji.