Sygn. akt: KIO 148/23

WYROK

z dnia 31 stycznia 2023 r.

Krajowa Izba Odwoławcza - w składzie:

Przewodniczący: Bartosz Stankiewicz

Protokolantka: Wiktoria Ceyrowska

po rozpoznaniu na rozprawie w dniu 30 stycznia 2023 r. w Warszawie odwołania wniesionego do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej w dniu 16 stycznia 2023 r. przez wykonawcę Energokon-Plus spółkę z ograniczoną odpowiedzialnością z siedzibą w Sosnowcu przy ul. Ludwika Mierosławskiego 3 (41-200 Sosnowiec) w postępowaniu prowadzonym przez zamawiającego Gmina Wałbrzych – Miasto na Prawach Powiatu Zarząd Dróg, Komunikacji i Utrzymania Miasta w Wałbrzychu z siedzibą w Wałbrzychu przy ul. Jana Matejki 1 (58-300 Wałbrzych)

przy udziale wykonawcy J. T. prowadzącego działalność gospodarczą pod nazwą ELEKTRO-TIM J. T. z siedzibą w Opatówku przy ul. Rogatka 8A (62-860 Opatówek), zgłaszającego przystąpienie do udziału w postępowaniu odwoławczym po stronie zamawiającego

orzeka:

1. Uwzględnia odwołanie i nakazuje zamawiającemu: unieważnienie czynności wyboru

najkorzystniejszej oferty w postępowaniu, odrzucenie oferty złożonej przez wykonawcę J. T. prowadzącego działalność gospodarczą pod nazwą ELEKTRO-TIM J. T. z siedzibą w Opatówku jako zawierającej rażąco niską cenę oraz dokonanie ponownego badania i oceny ofert w postępowaniu.

2. Kosztami postępowania obciąża wykonawcę J. T. prowadzącego działalność

gospodarczą pod nazwą ELEKTRO-TIM J. T. z siedzibą

w Opatówku, który wniósł sprzeciw od uwzględnienia przez zamawiającego zarzutów odwołania i:

2.1. zalicza na poczet kosztów postępowania odwoławczego kwotę 10 000 zł 00 gr (słownie: dziesięć tysięcy złotych zero groszy) uiszczoną przez wykonawcę Energokon-Plus spółkę z ograniczoną odpowiedzialnością z siedzibą w Sosnowcu tytułem wpisu od odwołania;

2.2. zasądza od wykonawcy J. T. prowadzącego działalność gospodarczą pod nazwą ELEKTRO-TIM J. T. z siedzibą w Opatówku na rzecz wykonawcy Energokon-Plus spółki z ograniczoną odpowiedzialnością z siedzibą w Sosnowcu, kwotę w wysokości 13 600 zł gr (słownie: trzynaście tysięcy sześćset złotych zero groszy), stanowiącą koszty strony poniesione z tytułu uiszczenia wpisu od odwołania oraz zastępstwa procesowego.

Stosownie do art. 579 ust. 1 i 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 148/23

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

Gmina Wałbrzych – Miasto na Prawach Powiatu Zarząd Dróg, Komunikacji i Utrzymania Miasta w Wałbrzychu, zwana dalej: „zamawiającym” prowadzi postępowanie o udzielenie zamówienia publicznego, na podstawie przepisów ustawy z dnia 11 września 2019 r. Prawo zamówień publicznych (t.j. Dz. U. z 2022 r., poz. 1710 ze zm.) zwanej dalej: „Pzp” w trybie podstawowym bez negocjacji pn.: Rozbiórka części budynku użytkowego przy ul. Ludwiga van Beethovena 24a w Wałbrzychu (numer postępowania: Z123/5902, znak sprawy: DU.260.55.2022), zwane dalej „postępowaniem”.

Ogłoszenie o zamówieniu zostało zamieszczone w Biuletynie Zamówień Publicznych w dniu 15 listopada 2022 r. pod numerem: 2022/BZP 00439763/01.

Szacunkowa wartość zamówienia, którego przedmiotem są roboty budowlane, jest niższa od kwot wskazanych w przepisach wykonawczych wydanych na podstawie art. 3 ust. 3 Pzp.

W dniu 16 stycznia 2023 r. wykonawca Energokon-Plus Sp. z o.o. z siedzibą w Sosnowcu (zwany dalej: „odwołującym”) wniósł odwołanie w ramach, którego podniósł niezgodność z ustawą czynności (zaniechań) zamawiającego, polegających na:

- dokonaniu wyboru oferty wykonawcy J. T., prowadzącego działalność gospodarczą pod firmą ELEKTRO-TIM J. T. z siedzibą w Opatówku (zwanego dalej jako: „ELEKTRO-TIM") jako oferty najkorzystniejszej w postępowaniu;

- zaniechaniu odrzucenia oferty wykonawcy ELEKTRO-TIM, zawierającej cenę 475 000,00 zł brutto – stanowiącą cenę rażąco niską, skalkulowaną poniżej minimalnych kosztów wykonania zamówienia, uniemożliwiającą należyte wykonanie zamówienia bez ponoszenia straty przez wykonawcę.

W związku z powyższym odwołujący zarzucił zamawiającemu naruszenie:

1) art. 239 ust. 1 Pzp, przez dokonanie wyboru oferty wykonawcy ELEKTRO-TIM jako oferty najkorzystniejszej w postępowaniu, podczas gdy oferta ww. wykonawcy podlega odrzuceniu z powodu rażąco niskiej ceny;

2) art . 226 ust. 1 pkt 8) Pzp i art. 224 ust. 6 Pzp w zw. z art. 16 pkt 1, 2 i 3 Pzp, przez zaniechanie odrzucenia oferty wykonawcy ELEKTRO-TIM jako oferty zawierającej rażąco niską cenę, podczas gdy treść udzielonych przez ww. wykonawcę wyjaśnień (w szczególności, wobec braku przedstawienia wiarygodnych dowodów, zaniżenia kosztów wykonania zamówienia, pominięcia istotnych kosztów koniecznych do prawidłowego wykonania zamówienia oraz wobec braku odniesienia się do treści wezwania zamawiającego) potwierdza, że ww. oferta zawiera rażąco niską cenę z przyczyn wskazanych w uzasadnieniu 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 związku z powyższym odwołujący wniósł o nakazanie zamawiającemu:

- unieważnienia czynności wyboru oferty najkorzystniejszej;

- dokonania odrzucenia oferty wykonawcy ELEKTRO-TIM;

- powtórzenia czynności oceny ofert i wyboru oferty najkorzystniejszej.

Odwołujący wyjaśnił, że istnienie interesu w uzyskaniu zamówienia po jego po stronie wynika z faktu, iż złożył od ofertę w postępowaniu, która to oferta nie podlega odrzuceniu, w związku z czym ma realną szansę na uzyskanie przedmiotowego zamówienia. Odwołujący wskazał, że w wyniku naruszenia przepisów ustawy interes w uzyskaniu zamówienia doznał uszczerbku, bowiem zamawiający dokonał wyboru oferty złożonej przez ELEKTRO-TIM, która z kolei podlega odrzuceniu (z powodu rażąco niskiej ceny). Zważywszy na zakres podniesionych zarzutów, Odwołujący podniósł, że ma szansę na uzyskanie zamówienia, ponieważ w przypadku uwzględnienia odwołania, Izba może nakazać wykonanie lub powtórzenie czynności zamawiającego lub nakazać unieważnienie czynności zamawiającego zgodnie z żądaniami. Mając na uwadze powyższe, można realnie zakładać, że po ponownym badaniu i ocenie ofert w wyniku wykonania wyroku Izby, zamawiający dokona wyboru oferty odwołującego. Odwołujący wskazał, że w wyniku zasygnalizowanych naruszeń ustawy został narażony na szkodę związaną z utratą spodziewanego zysku z tytułu realizacji kontraktu na rzecz zamawiającego, które to zamówienie powinno zostać jemu udzielone jemu. W konsekwencji, odwołujący stwierdził, że może nie uzyskać zamówienia i w ten sposób nie osiągnąć zysku, który planował osiągnąć w wyniku realizacji przedmiotowego zamówienia (lucrum cessans).

W uzasadnieniu odwołujący w pierwszej kolejności odniósł się do zarzutu dotyczącego zaniechania odrzucenia oferty ELEKTRO-TIM z powodu rażąco niskiej ceny, a argumentację w tym zakresie podzielił w następujący sposób:

1) Brak udzielenia odpowiedzi na żądanie przedstawienia dowodów w zakresie wyliczenia ceny

W tym kontekście odwołujący wskazał, że wyjaśnienia udzielone przez ELEKTRO-TIM w piśmie z dnia 12 grudnia 2022 r. nie spełniały podstawowego wymagania wynikającego z treści wezwania zamawiającego z dnia 7 grudnia 2022 r., nie zawierały bowiem jakichkolwiek dowodów dotyczących wyliczenia ceny, w tym dowodów określających sposób obliczenia kosztów związanych z: a) wykonaniem przypór dla ściany wschodniej i zachodniej,

b) zabezpieczeniem połaci dachu sąsiedniego wraz z demontażem tego zabezpieczenia, c) rozebraniem pokrycia dachowego z papy oraz transportem i utylizacją papy, d) rozszkleniem otworów okiennych oraz transportem i utylizacją szkła,

e) rozebraniem płyt, schodów, belek i słupów żelbetowych/drewnianych, murów na zaprawie cementowo-wapiennej, płyt żelbetowych prefabrykowanych,

f) wywozem materiałów pochodzących z rozbiórki i ich utylizacją, w tym gruzu (w ilości 5 480,64 t) oraz odpadów ogólnobudowlanych i komunalnych (w ilości 140 t),

g) demontażem konstrukcji stalowych wraz z cięciem na elementy transportowe oraz transportem złomu samochodem skrzyniowym z załadunkiem i wyładunkiem mechanicznym, h) likwidacją przyłączy poprzez ich zaczopowanie,

i) dostawą gruzu przekruszonego oraz zasypaniem wykopów (gruzem przekruszonym frakcja 0–63mm) – ilość 400 m3,

j) plantowaniem terenu za pomocą humusu - gr. 15 cm (1200 m2, tj. 180 m^3),

k) ociepleniem, otynkowaniem oraz pomalowaniem odsłoniętej ściany budynku sąsiedniego (o powierzchni 450 m^2),

l) wykonaniem pokrycia z papy, obróbek blacharskich (o powierzchni 100 m^2), m) wykonaniem mapy powykonawczej.

Ponadto, wykonawca ELEKTRO-TIM – wbrew zobowiązaniu zamawiającego, nie przedstawił żadnych dowodów związanych z wyliczeniem ceny oferty. Wyjaśnienia przez ELEKTRO-TIM nie były merytoryczne, a ww. wykonawca nie dostarczył żadnego materiału dowodowego do sformułowania przez zamawiającego oceny zaoferowanej w ofercie kwoty, za którą wykonawca ma zamiar wykonać przedmiot zamówienia. Mało tego, sama forma wyjaśnień (w szczególności sformułowania zawarte na str. 1-2 pisma ELEKTRO-TIM z dnia 12 grudnia 2022 r. stanowi „plagiat" („inspirację") wyjaśnień dotyczących rażąco niskiej ceny składanych przez innych wykonawców w innych podobnych postępowaniach.

2) Brak wykazania szczególnego, wyjątkowego charakteru warunków przytoczonych przez ELEKTRO-TIM

Odnosząc się do przedstawionych przez ELEKTRO-TIM „wyjaśnień" odwołujący podniósł, że ww. 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. W przypadku zamówienia na roboty rozbiórkowe, czynniki takie jak maksymalna mechanizacja prac rozbiórkowych czy posiadanie wykwalifikowanych pracowników powinny być uwzględnione w ofercie każdego wykonawcy, gdyż rozbiórki obiektów budowlanych nie mogą być realizowane bez

dysponowania ww. zasobami. Ponadto, wykonawca ELEKTRO-TIM całkowicie przemilczał fakt istnienia okoliczności wpływających raczej na zwiększenie kosztów wykonania zamówienia aniżeli na ich redukcję. Do takich okoliczności należy z całą pewnością odległość pomiędzy siedzibą ELEKTRO-TIM, a miejscem wykonania zamówienia (Wałbrzych, ul. Ludwiga van Beethovena 24a), która wynosi ok. 223 km w jedną stronę. Czas przejazdu w jedną stronę na tej trasie wynosi ok. 3 godzin, a wykonawca nie uwzględnił w cenie oferty ani kosztów dojazdu pracowników, ani kosztów ich ewentualnego zakwaterowania w okolicy miejsca rozbiórki (koszty te nie zostały w żaden sposób poparte dowodami). Twierdzenia jakoby ww. koszty zawarte zostały w kosztach pośrednich nie zostały w żaden sposób udowodnione. Wykonawca ELEKTRO-TIM 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 do składowiska położonego jedynie 14 km od placu budowy (brak dowodów). Ponadto, wyjaśnienia pomijają kwestię kosztów utylizacji gruzu, ograniczając się jedynie do jego wywozu.

3) Brak wykazania wpływu warunków przytoczonych przez ELEKTRO-TIM na możliwość obniżenia ceny

Odwołujący zauważył, że wykonawca ELEKTRO-TIM nie udowodnił jaki konkretnie wpływ na wysokość ceny miały poszczególne okoliczności, na które wykonawca powołał się w swoich wyjaśnieniach. Odwołujący wskazał za orzecznictwem Izby, iż wykonawca, który składa wyjaśnienia w zakresie rażąco niskiej ceny powinien wskazać, co spowodowało obniżenie ceny, jak również to, w jakim stopniu wskazany czynnik wpłynął na jej obniżenie (zob. wyrok KIO z dnia 18 grudnia 2012 r., sygn. akt KIO 2659/12). Wykonawcy wolno opisać dowolne przyczyny uzasadniające rzetelną kalkulację ceny ofertowej, jednak pod warunkiem, że mają one charakter obiektywny, dający się zweryfikować. Tymczasem, ELEKTRO-TIM nie podał żadnych konkretnych, możliwych do weryfikacji informacji, które pozwalałby ustalić o jakie konkretnie wartości zoptymalizowano poszczególne czynniki cenotwórcze.

W ocenie odwołującego czynniki takie jak mechanizacja prac poprzez użycie maszyn wyburzeniowych, ładujących i samochodów samo wyładowujących oraz posiadanie własnego sprzętu i środków transportu powinny być uwzględnione w ofercie każdego wykonawcy, gdyż rozbiórki obiektów budowlanych 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. Z kolei, posiadanie własnych maszyn i pojazdów generuje koszty związane z amortyzacją, leasingiem oraz eksploatacją, co również powinno zostać szczegółowo wyjaśnione przez wykonawcę ELEKTRO-TIM.

4) Brak wykazania istnienia warunków przytoczonych przez ELEKTRO-TIM

W konsekwencji, odwołujący podkreślił, że wykonawca ELEKTRO-TIM 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 osprzęt do wyburzeń, własne samochody czy też transport ponadgabarytowy umożliwiający przewiezienie ciężkiego sprzętu na teren rozbiórki.

Reasumując, okoliczności przywołane w wyjaśnieniach nie zostały przez ELEKTRO-TIM 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 ELEKTRO-TIM na tle pozostałych wykonawców funkcjonujących w tej branży. Nie są to przymioty, które dostępne są wyłącznie firmie ELEKTRO-TIM i pozwalające osiągnąć przewagę konkurencyjną tak znaczną, aby umożliwiała ona wykonanie zamówienia oraz osiągnięcie zysku z kontraktu.

5) Brak wykazania kosztów bezpośrednich dla całości zadania

a) pracownicy

Zdaniem odwołującego wykonawca ELEKTRO-TIM nie potwierdził zgodności zaoferowanej ceny z przepisami prawa dotyczącymi kosztów pracy oraz przepisami z zakresu prawa pracy i zabezpieczenia społecznego. W szczególności, wykonawca ELEKTRO-TIM 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 nie złożył żadnego dowodu w tym zakresie. W konsekwencji: nie udowodniono zamawiającemu jakie koszty i w jakiej wysokości ELEKTRO-TIM poniesienie w związku z oddelegowaniem pracowników do

wykonania zamówienia (a należy podkreślić, że odległość pomiędzy siedzibą wykonawcy a lokalizacją rozbiórki to ok. 223 km w jedną stronę, zaś czas dojazdu w jedną stronę przekracza 3 godziny. Deklarując wykonanie zamówienia za zaoferowaną cenę wykonawca nie wykazał, że cena ta obejmuje koszty delegacji, noclegu bądź dojazdu pracowników.

b) sprzęt

W ocenie odwołującego pomimo przedstawionych twierdzeń wykonawca ELEKTRO-TIM 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). W tym celu orzecznictwo Izby dopuszcza złożenie wykazu środków trwałych, faktur czy umów leasingu. Ponadto, wykonawca ELEKTRO-TIM nie wyjaśnił kosztów związanych z najmem, leasingiem bądź amortyzacją, serwisem i eksploatacją ww. sprzętu (w realiach rynku budowlanego niespotykanym zjawiskiem jest brak kosztów związanych z leasingiem czy amortyzacją maszyn). Brakuje dowodów potwierdzających koszt transportu sprzętu na teren rozbiórki na odległość 223 km w jedną stronę i 223 km w drugą stronę (nie wykazano okoliczności dysponowania własnym transportem ponadgabarytowym).

c) transport odpadów oraz materiałów

W opinii odwołującego 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) oraz nie wyjaśnił wpływu na cenę oferty kosztów związanych z eksploatacją samochodu (poza wynagrodzeniem kierowców i zakupem paliwa w cenie 6,10 zł za 1 litr). Nie wiadomo jakie elementy składają się na koszt transportu, nie wykazano kosztów zakupu paliwa (którego ceny dynamicznie rosną), kosztów serwisu, ubezpieczenia i innych. Zadeklarowana przez wykonawcę cena jednostkowa zakupu paliwa (olej napędowy) wynosząca 6,10 zł za 1 litr istotnie odbiega in minus od cennika hurtowego PKN Orlen S.A., gdzie w dniu poprzedzającym złożenie wyjaśnień obowiązywała cena 6 542,00 zł za 1 m3 oleju napędowego (tj. 6,54 zł za 1 litr). Powołując się na rzekomo niższe od rynkowych ceny zakupu paliwa wykonawca ELEKTRO-TIM nie przedstawił żadnych dowodów, które potwierdzałyby tę tezę. W konsekwencji, wykonawca ELEKTRO-TIM nie wyjaśnił konkretnie i wyczerpująco zarówno kosztów pracy koparki, koparko-ładowarki czy samochodu ciężarowego. Przede wszystkim zaś, wykonawca ELEKTRO-TIM nie udowodnił Zamawiającemu, że rzeczywiście dysponuje możliwością przewiezienia gruzu pochodzącego z rozbiórki do składowiska oddalonego od miejsca wykonania zamówienia o zaledwie 14 km, która to okoliczność ma decydujące znacznie dla ustalenia kosztów transportu gruzu.

d) utylizacja odpadów

- gruz – odwołujący wskazał, że wykonawca ELEKTRO-TIM gołosłownie deklarował poniesienie kosztów utylizacji odpadów porozbiórkowych oraz kosztów zakupu materiałów. W szczególności, nie udowodniono zamawiającemu, że ELEKTRO-TIM zamierza zgodnie z prawem i na warunkach rynkowych wykonać utylizację gruzu pochodzącego z rozbiórki. Twierdzenia wykonawcy ELEKTRO-TIM na temat planowanego dostarczenia gruzu do nieodległych składowisk są całkowicie dowolne i niepotwierdzone. Ponadto, wyjaśnienia całkowicie pomijają koszty związane z załadunkiem gruzu do wywiezienia (pozycja „Wywóz gruzu" nie przewiduje pracy ładowarki). Odwołujący wyjaśnił, że jako podmiot posiadający doświadczenie w realizacji robót rozbiórkowych w wałbrzyskim rejonie Dolnego Śląska, dysponuje ofertami od podmiotów zajmujących się zawodowo utylizacją gruzu. Przekrój cen oferowanych w przedmiotowym rejonie za utylizację gruzu kształtuje się na poziomie ok. 580,00 zł netto za 1 samochód ciężarowy o ładowności 20 ton. Tymczasem, wykonawca przyjął w swoich wyjaśnieniach stawkę ok. 207,50 zł netto za 1 auto o ładowności 15 m^3 (za sam transport gruzu), co stawi stawkę nierealną, zupełnie oderwaną od rzeczywistych kosztów tego rodzaju usług.

- odpady porozbiórkowe oraz komunalne – jak wyjaśnił odwołujący zgodnie z przedmiarem robót (poz. 8), przedmiot zamówienia obejmuje transport i utylizację odpadów ogólnobudowlanych i komunalnych o masie 140 ton. Jak wynika z analizy cenników przedsiębiorstw zajmujących się zagospodarowaniem odpadów, koszty tego świadczenia kształtują się na poziomie min. 980,00 zł netto za 1 tonę. W wyjaśnieniach ELEKTRO-TIM przyjęto

stawkę 300,00 zł netto za tonę, która to cena rażąco odbiega od rzeczywistych kosztów zagospodarowania tego rodzaju odpadów. Koszt utylizacji wyniesie zatem ok. 137 200,00 zł, a nie jak twierdzi ELEKTRO-TIM zaledwie 42 000,00 zł.

e) materiały, w tym wykonanie zasypania miejsc po likwidowanych obiektach budowlanych; Odwołujący wskazał, że wykonawca ELEKTRO-TIM całkowicie gołosłownie opisał koszty związane z zakupem materiałów oraz wykonaniem zasypki wykopów po rozbiórce. Zgodnie z dokumentacją projektową konieczny jest zakup materiału zasypowego do wykonania zasypek oraz jego właściwe zagęszczenie. Wykonawca zadeklarował gołosłownie zakup kruszywa w cenie 45 zł / 1 m^3, nie przedstawiając ani cennika, ani dostawcy ww. materiału. Biorąc pod uwagę uwarunkowania rynkowe, podana cena jest znacząco zaniżona, a ponadto nie wiadomo czy w cenie tej ujęty jest koszt transportu (stawka 45 zł / 1 m^3 wraz z transportem jest całkowicie nierealna przy dzisiejszych cenach paliw).

f) roboty budowlane (wykonawcze):

W tym aspekcie odwołujący zwrócił uwagę, że zgodnie z opisem przedmiotu zamówienia w postępowaniu, rozbiórce podlega jedynie część budynku użytkowego zlokalizowanego przy ul. Ludwiga van Beethovena 24a w Wałbrzychu. Pozostała część budynku (sąsiadująca z

częścią likwidowaną) musi zostać właściwie zabezpieczona oraz częściowo przebudowana. W szczególności, przedmiot zamówienia obejmuje takie świadczenia (czynności) jak: A. wykonanie przypór dla ściany wschodniej i zachodniej (10 sztuk),

- koszt na poziomie ok. 50 000,00 zł za całość (po 5 000,00 zł za każdą z podpór), na co składają się koszty robocizny oraz materiałów,

B. ocieplenie, otynkowanie oraz pomalowanie odsłoniętej nierozbieranej części ściany zachodniej i wschodniej budynku sąsiedniego (powierzchnia 450 m^2) – koszt na poziomie min. 74 455,00 zł, na co składa się robocizna (min. 100,00 zł za 1 m^2, tj. 45 000,00 zł) oraz zakup materiałów (29 455,00 zł), w tym:

- styropian 5 cm (ok. 5 000,00 zł),
- kołki do styropianu (ok. 900,00 zł),
- grunt na ścianę pod klej do styropianu (6,00 zł/l, tj. ok. 675,00 zł),
- klej (4 kg/m^2 pod styropian oraz 3 kg/m^2 do siatki), tj. 3 150 kg (0,92 zł /kg, tj. 2 898,00 zł)
- siatka 450 m^2 (2 250,00 zł),
- narożniki do siatki (1 000,00 zł),
- grunt pod tynk (780,00 zł),
- tynk (10 000,00 zł),
- farba fasadowa (3 000,00 zł)
- najem rusztowania (0,82 zł za 1 m^2 za 1 dobę), tj. 369,00 zł x 8 dni = 2 952,00 zł,

C. wykonanie pokrycia z papy, obróbek blacharskich na stropodachu części pozostawionej obiektu (powierzchnia 100 m^2) – koszt na poziomie ok. 10 000,00 zł – Cenniki usług dekarskich w rejonie Wałbrzycha przewidują stawkę ok. 40,70 zł / m^2 za wykonanie poszycia dachowego z papy. Koszt zakupu materiału (papy termozgrzewalnej) to ok. 10,50 zł / m^2. Do tego należy doliczyć koszty materiału i robociznę związaną z wykonaniem obróbek blacharskich na stropodachu.

D. zabezpieczenie połaci dachu sąsiedniego wraz z demontażem tego zabezpieczenia, -koszt na poziomie min. 10 000,00 zł, na co składają się koszty robocizny oraz materiałów (wykonawca ELEKTRO-TIM wyjaśnił jedynie koszty robocizny),

E. likwidacja przyłączy poprzez ich zaczopowanie, - koszt na poziomie min. 2 000,00 zł, na co składają się koszty robocizny oraz materiałów,

F. przebudowa istniejących schodów na poziomie parteru – zgodnie z rysunkiem nr I-01, w związku z obniżeniem podłoża ze względu na rozbiórkę progu istniejące schody przeznaczono do przebudowy.

G. wykonanie mapy powykonawczej – koszt min. 1 000,00 zł.

W podsumowaniu argumentacji przedstawionej wobec oferty wykonawcy ELEKTRO-TIM odwołujący stwierdził, że dotychczasową część uzasadnienia odwołania należy podsumować 10

w ten sposób, że „wyjaśnienia" złożone przez ELEKTRO-TIM są nieprecyzyjne, ogólnikowe, nie odnoszą się do treści wezwania oraz nie zostały poparte żadnymi dowodami. Nie ma wątpliwości, że na wezwanie zamawiającego wykonawca ELEKTRO-TIM odniósł się w sposób pobieżny, pomijając elementy wymienione w wezwaniu zamawiającego oraz nie przedstawił jakichkolwiek wiarygodnych dowodów.

W ocenie odwołującego, dokonując analizy wyjaśnień złożonych przez wykonawcę ELEKTRO-TIM, 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 szczególnie wyjątkowych okoliczności, które miały wpływ na obniżenie ceny, oraz nie podał w jaki sposób i o jakie wartości cena mogła zostać obniżona. Wykonawca nie powołał się na żadne okoliczności, które byłyby wyjątkowe i nie przysługiwały innym wykonawcom, ubiegającym się o zamówienie. Wykonawca nie udzielił w istocie odpowiedzi na pytania zadane mu przez zamawiającego. Odwołujący podkreślił, iż wzywając wykonawcę ELEKTRO-TIM 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. Złożone przez wykonawcę ELEKTRO-TIM gołosłowne wyjaśnienia ceny oferty, niepoparte dowodami dotyczącymi zasadniczych kosztów realizacji zamówienia (w tym kosztów robocizny, kosztów pracy koparki wyburzeniowej, kosztów utylizacji odpadów i zakupu materiałów), nie zasługiwały na pozytywną ocenę zamawiającego. Tymczasem, w orzecznictwie uznaje się, iż zamawiający nie może zastępować wykonawcy w składaniu wyjaśnień czy dowodów (wyrok KIO z dnia 3 stycznia 2017 r., sygn. akt: KIO 2391/16; KIO 2392/16). Ustawowe pojęcie „wykazania" jest tożsame z pojęciem „udowodnienia", a nie „u p r a w d o p o d o b n i e n i a". 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.

Reasumując, odwołujący stwierdził, że skoro wykonawca ELEKTRO-TIM 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), ELEKTRO-TIM powołuje się gołosłownie na swoje zaplecze techniczne, doświadczenie i możliwości organizacyjne.

Odwołujący stwierdził także, że udzielając odpowiedzi na wezwanie zamawiającego wystosowane na podstawie art. 224 ust. 1 Pzp wykonawca obowiązany jest wyjaśnić wszystkie istotne elementy kalkulacji ceny, w tym m.in. w odniesieniu do kwestii wskazanych przez zamawiającego w treści wezwania. Oznacza to, że wezwanie do wyjaśnienia rażąco niskiej ceny nie musi być skonkretyzowane, albowiem wykonawca obowiązany jest wyjaśnić wszystkie istotne elementy kalkulacji ceny, w tym również elementy wymienione wezwaniu. Jest to o tyle istotne, że w przypadku przedmiotowego zamówienia publicznego mamy do czynienia z robotami budowlanymi opisanymi wystarczającą precyzyjnie w OPZ (w tym projekt rozbiórki i przedmiar robót). W tej sytuacji nic nie stało na przeszkodzie wykonawcy mogli przedstawić szczegółowe wyjaśnienia sposobu kalkulacji ceny w oparciu o wszystkie wymagania zamawiającego wyczerpująco wyspecyfikowane w opisie przedmiotu zamówienia. W konsekwencji, wzywając wykonawcę ELEKTRO-TIM do złożenia wyjaśnień wraz z dowodami w zakresie wyliczenia ceny oferty zamawiający nie musiał powtarzać wszystkich elementów składających się na opis przedmiotu zamówienia, którego ekonomicznym odzwierciedleniem powinna być omawiana cena oferty. Zamawiający nie był również zobligowany do wyszczególnienia w swoim wezwaniu konkretnych wątpliwości w zakresie ceny oferty. Byłoby to wszak niemożliwe w świetle ryczałtowego charakteru ceny oferty. To na wykonawcach spoczywał ciężar wyjaśnienia wszystkich czynników wpływających na cenę zaoferowaną w zamian za wykonanie zamówienia. Podsumowując, wezwanie do wyjaśnienia w zakresie rażąco niskiej ceny, zawarte w piśmie Zamawiającego z dnia 7 grudnia 2022 r. w wystarczający sposób określało zakres wyjaśnień oczekiwanych od wykonawcy, a w konsekwencji złożenie wyjaśnień ogólnikowych, nieodnoszących się do wszystkich istotnych elementów kalkulacji ceny nie mogło prowadzić do wykazania braku istnienia ceny rażąco niskiej.

Ponadto odwołujący wyjaśnił, 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. Podsumowując, odwołujący podkreślił, że właściwa ocena wyjaśnień złożonych przez wykonawcę ELEKTRO-TIM powinna skutkować odrzuceniem wskazanych ofert, bowiem wyjaśnienia te są ogólnikowe, niekompletne oraz nie odpowiadają wymaganiom wskazanym przez zamawiającego (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. wykonawców. Skoro zamawiający żądał złożenia dowodów wraz z wyjaśnieniami, to nie powinien premiować wykonawców, którzy takich dowodów nie dostarczyli. Takie preferencyjne traktowanie ELEKTRO-TIM odbyło się bowiem z naruszeniem interesu pozostałych wykonawców, w tym odwołującego.

W ramach postępowania odwoławczego przystąpienie po stronie zamawiającego zgłosił wykonawca J. T. prowadzący działalność gospodarczą pod nazwą ELEKTRO-TIM J. T. z siedzibą w Opatówku.

Zamawiający w dniu 25 stycznia 2023 r. przekazał pismo zawierające oświadczenie o uwzględnieniu odwołania.

W dniu 27 stycznia 2023 r. wykonawca zgłaszający przystąpienie złożył do akt sprawy pismo procesowe, w którym zawarł argumentację dla wniosku o oddalenie odwołania w całości.

Na wstępie ww. wykonawca zaznaczył, że zgodnie z działem XIII pkt. 2 specyfikacji warunków zamówienia (zwanej dalej jako: „SWZ") i § 5 pkt.1 projektu umowy zamawiający określił cenę oferty w formie ryczałtu w złotych (PLN) i taką cenę wykonawcy zobowiązani byli przedstawić w ofercie. Ponadto zamawiający zarówno na etapie składania ofert, jak też na etapie ich badania oraz w wezwaniu do zgłaszającego przystąpienie nie wymagał złożenia przez wykonawcę szczegółowej kalkulacji. W związku z tym brak jest podstaw do wyciągnięcia wobec niego negatywnych konsekwencji z tytułu nieprzedstawienia szczegółowej kalkulacji zamówienia, co podnosi odwołujący w odwołaniu.

Zgłaszający przystąpienie wskazał, że treść wezwania skierowanego do niego na podstawie art. 224 ust.2 pkt.1 Pzp z dnia 7 grudnia 2022 r. jest ogólnikowa, nie zawiera nic poza skopiowaną treścią przepisu art. 224 ust.3 pkt. 4 i 5 Pzp i daje olbrzymie możliwości wykorzystania odpowiedzi przeciwko oferentowi. Zamawiający nie wskazuje, jakich konkretnie domaga się wyjaśnień, dowodów i do jakich kwestii wykonawca ma się ustosunkować. Podnosi jedynie, iż zaoferowana cena całkowita oferty złożonej w terminie jest niższa o co najmniej 30% od wartości zamówienia (…) lub średniej arytmetycznej cen wszystkich złożonych ofert niepodlegających odrzuceniu (…) i zwraca się do zgłaszającego przystąpienie o udzielenie wyjaśnień, w tym złożenia dowodów w zakresie wyliczenia ceny w zakresie art. 224 ust. 3 pkt 4 i 6 Pzp.

Jeśli chodzi o zgodność z przepisami dotyczącymi kosztów pracy, w stosunku do minimalnego wynagrodzenia za pracę albo minimalnej stawki godzinowej ustalonych na podstawie przepisów ustawy z dnia 10 października 2002 roku o minimalnym wynagrodzeniu za pracę jak również zgodności z przepisami z zakresu prawa pracy i zabezpieczenia społecznego obowiązującymi w miejscu w którym realizowane jest zamówienie zgłaszający przystąpienie wyjaśnił, że zamawiający w dziale III pkt. 7 SWZ określił wymagania w zakresie zatrudnienia na podstawie stosunku pracy, i wskazał rodzaj czynności których wykonanie wymaga zatrudnienia na postawie stosunku pracy przez wykonawcę lub podwykonawcę. Wskazane czynności objęły właściwie cały zakres wykonania zamówienia. Ww. wykonawca podniósł, że zgodnie z wymogiem zamawiającego w ofercie (formularz ofertowy) w pkt. 3 złożył stosowne oświadczenia, które potwierdzają wymóg, że zatrudnione osoby na umowę o pracę będą miały zagwarantowaną minimalną stawkę wynagrodzenia gdyż podpisanie umowy o wynagrodzeniu poniżej minimalnego wynagrodzenia było by niezgodne z przepisami prawa. Dlatego też stwierdził, że złożone oświadczenia i wyjaśnienia złożone zamawiającemu potwierdzają, że przyjęta wartość do ustalenia ceny nie jest niższa od minimalnego wynagrodzenia za pracę. Jeśli chodzi o przywołanie w wezwaniu żądania wyjaśnień dotyczących zgodności z zakresu prawa pracy i zabezpieczenia społecznego obowiązującymi w miejscu w którym realizowane jest zamówienia zgłaszający przystąpienie wyjaśnił, że pojęcie to jest bardzo pojemne i obejmuje przepisy określające prawa i obowiązki pracowników i pracodawców, będących stronami stosunku pracy. W szczególności w zakres prawa pracy wchodzą regulacje dotyczące m.in.: powstania, zmiany i ustania stosunku pracy, obowiązków oraz uprawnień pracownika i pracodawcy, czasu pracy, wynagrodzenia za pracę, urlopów wypoczynkowych, uprawnień związanych z urodzeniem dziecka, równego traktowania w zatrudnieniu, rozstrzygania sporów ze stosunku pracy. Natomiast przepisy z zakresu zabezpieczenia społecznego obejmują ubezpieczenia społeczne (ubezpieczenie emerytalne, ubezpieczenia rentowe, ubezpieczenie w razie choroby i macierzyństwa, ubezpieczenie z tytułu wypadków przy pracy i chorób zawodowych). Zamawiający w wezwaniu nie doprecyzował o które regulacje chodzi, co uniemożliwiło szczegółowe wyjaśnienie poruszanego zagadnienia. Niemniej jednak w wyjaśnieniach (pkt.2 i 9) wskazał, że pracownicy w jego firmie są zatrudniani legalnie przy zachowaniu wynagrodzenia przekraczającego minimalne stawki określone na podstawie ustawy z dnia 10 października 2002 o minimalnym wynagrodzeniu za pracę oraz rozporządzenia Rady Ministrów z dnia 14 września 2021 w sprawie wysokości minimalnego wynagrodzenia za pracę oraz wysokości minimalnej stawki godzinowej w 2022 r. oraz wskazał w przeprowadzonej w wyjaśnieniu kalkulacji ceny ofertowej, że stawka godzinowa za pracę wynosi od 30-35 zł/h, co tym samym spełnia wymóg wynikający z przepisów prawa.

Zgłaszający przystąpienie wyjaśnił, że sporządzone zapytanie meriti nie wskazuje w żaden sposób na to aby zamawiający dokonał jakiejkolwiek analizy złożonej przez wykonawcę oferty ani też nie zawiera jakiejkolwiek treści wskazującej na to, które z elementów złożonej oferty wzbudziły jakiekolwiek wątpliwości zamawiającego oprócz zakwestionowanej ceny. Zamawiający nie może przerzucać na wykonawcę obowiązku doprecyzowania warunków zamówienia w taki sposób, aby dały one zamawiającemu możliwość szczegółowej weryfikacji prawidłowości przedłożonych ofert oraz nie może obarczać wykonawcy negatywnymi konsekwencjami w postaci odrzucenia oferty skoro nie sprecyzował stopnia szczegółowości wyjaśnień, jakich oczekuje. Przeprowadzenie procedury sprawdzającej opisanej w wezwaniu nie jest równoznaczne ze stwierdzeniem, że oferta wykonawcy zawiera rażąco niską cenę i podlega odrzuceniu. Jest to jedynie etap, który powinien mieć zastosowanie, gdy istnieją uzasadnione wątpliwości, co do tego czy, oferta zawiera rażąco niską cenę w stosunku do przedmiotu zamówienia. Ponadto wykonawca zwrócił uwagę na fakt, iż komisja przetargowa powinna analizować ofertę na podstawie wszystkich dokumentów, a nie tylko wyjaśnień, które będą miały charakter jedynie pomocniczy (vide: Wyrok Sądu Okręgowego w Olsztynie, sygn. akt V Ga 122/10).

Zdaniem zgłaszającego przystąpienie na szczególną uwagę zasługuje fakt, że zamawiający jako uzasadnienie faktyczne wezwania z dnia 7 grudnia 2022 r. podał, że szacunkowa wartość zamówienia wynosi 1 230 000 zł, a średnia arytmetyczna wszystkich złożonych ofert wynosi 978 333,33 zł, to cena ofertowa zgłaszającego przystąpienie jest o 61,38% niższa od szacunkowej wartości zamówienia oraz o 51,45% niższa od średniej arytmetycznej cen wszystkich złożonych ofert. Przyjmując, że zamawiający jako profesjonalista dokonał szacowania wartości zamówienia z należytą starannością zgodnie z art. 28 Pzp na poziomie 1 230 000,00 zł to dlaczego zamawiający zamierzał przeznaczyć na realizację tego zamówienia tylko 600 000,00 zł? Ten fakt potwierdza, że szacunek zamawiającego został „sztucznie" zawyżony i nie może stanowić podstawy oceny naszej ceny ofertowej. W tym miejscu ww. wykonawca zaznaczył, że

jeżeli zamawiający założył, że przedmiot zamówienia można zrealizować za kwotę 600 000 zł, to jego cena ofertowa nie jest ceną rażąco niską w stosunku do tej kwoty (niższa tylko o 20,83%) i nie powinna podlegać badaniu na podstawie art. 224 ust 2 pkt.1 Pzp, a zgodnie z tym przepisem powinna stanowić że rozbieżność cenowa wynika z okoliczności oczywistych które nie wymagają wyjaśnień (art. 224 ust. 2 pkt 1 Pzp – końcowa część przepisu). W związku z powyższym przyjmując błędne zawyżone szacowanie wartości przedmiotu zamówienia na poziomie 1 230 000,00 zł (naruszenie art. 28 Pzp) a uznając rzetelne oszacowanie wartości 600 000,00 zł jaką zamawiający zamierza przeznaczyć na sfinansowanie realizacji przedmiotu zamówienia to w żaden sposób nie można ocenić, że kwota jego oferty może wydawać się rażąco niska w stosunku do rzetelnie

oszacowanej kwoty 600 000,00. Zgłaszający przystąpienie wskazał również, że jeżeli zamawiający ocenił, że zamówienie można wykonać za kwotę 600 000,00 zł to należy uznać, że ceny dwóch pozostałych oferentów z cenami 1 414 500,00 zł i 1 045 5000 zł w znaczny sposób odbiegają od wartości przeznaczonej na realizacje zamówienia, co tym samym powodują sztuczne zawyżenie średniej arytmetycznej. Zgłaszający przystąpienie zaznaczył, że cena ofertowa oferty nr 1 jest o ponad dwukrotnie wyższa od kwoty przeznaczonej na realizacje zamówienia (600 000 zł) a oferta nr 2 jest wyższa od przeznaczonej kwoty o 445 500 zł. Dziwi fakt, że tak wysoko odbiegające cenowo oferty nr 1 i 2 od przeznaczonej kwoty 600 000 nie budziły wątpliwości zamawiającego co do prawidłowości ich kalkulacji i sztucznego zawyżenia w stosunku do cen rynkowych. Dlatego stwierdził, że wartość średniej arytmetycznej została „sztucznie" zawyżona przez ceny ofert nr 1 i 2 i tym samym nie może ona stanowić podstawy oceny jego ceny ofertowej. Biorąc powyższe pod uwagę tj. „sztucznie" zawyżoną średnią arytmetyczną wszystkich ofert (978 333,33), kwotę jaką zamawiający przeznaczył na sfinansowanie zamówienia (600 000,00 zł) powoduje, że art. 224 ust. 2 pkt.1 Pzp w stosunku do ceny jego oferty nie ma zastosowania gdyż nie jest ona niższa o 30 % od wartości jaką zamawiający przeznaczył na sfinansowanie zamówienia (prawidłowy szacunek wartości zamówienia) i nie może być porównywana do średniej arytmetycznej wszystkich złożonych ofert, gdyż ceny ofertowe dwóch wykonawców znacząco odbiegają od cen rynkowych wykonania tego typu robót.

Przechodząc do złożonych wyjaśnień zdaniem zgłaszającego przystąpienie należało uznać, że w sposób wyczerpujący i wręcz nadmierny w stosunku do treści wezwania wykazał, że zaoferowana przez niego cena nie spełnia kryterium ceny rażąco niskiej, a tym samym gwarantuje zamawiającemu należytą realizację przedmiotu zamówienia. Podniósł, że w wyjaśnieniach zamieścił wyliczenie poszczególnych kosztów składających się na cenę ofertową podając koszty: transportu, pracy kierownika budowy, pracy pracowników fizycznych (każda z podanych stawek wynagrodzenia za pracę jest zgodna z przepisami dotyczącymi kosztów pracy), pracy sprzętu, paliwa, zakupu humusu, trawy, styropianu, utylizacji innych – co niebyło wymagane w wezwaniu. Ponadto wykazał, że posiada maszyny i osprzęt burzący co powoduje, że z tytuły wynajmu nie ponosi dodatkowych kosztów. Podał również, że przeprowadził z podmiotami uprawnionymi do utylizacji wstępne negocjacje kosztów transportu przyjęcia odpadów nie nadających się do odzysku, po których uzyskał bardzo korzystne stawki za transport utylizację odpadów porozbiórkowych. Wskazał również, że posiada ramowe umowy odbioru odpadów rozbiórkowych z renomowanymi uprawnionymi odbiorcami.

Zgłaszający przystąpienie podniósł, że w wyjaśnieniu podał również, że dokonuje zakupu paliwa oraz gazów technicznych na terenie całej Polski na warunkach flotowych, po cenach

znacznie niższych, niedostępnych dla odbiorców detalicznych, co ma istotny wpływ na obniżenie kosztów realizacji przedmiotu zamówienia. Wskazał na wieloletnie doświadczenie w projektowaniu rozbiórce wszelkich obiektów budowlanych o charakterystyce podobnej do obiektów objętych zamówieniem, co pozwala na sprawną organizację terminowe wykonanie prac a tym samym na obniżenie kosztów rozbiórki. Zatem – jego zdaniem – udowodnił, że wyliczenie ceny ofertowej jest realne i znajduje potwierdzenie w cenach rynkowych. W związku ze złożonym wyjaśnieniem i dowodami w postaci złożonych oświadczeń nie można przyjąć, że przy wycenie ceny ofertowej pominął jakieś istotne koszty czy też nie odniósł się do treści wezwania zamawiającego, co sugeruje odwołujący.

Odnosząc się do zarzutów odwołującego wyjaśnił, że zamawiający nie żądał ani na etapie postępowania przetargowego ani w wezwaniu z dnia 7 grudnia 2022 r. dowodów określających sposób obliczenia kosztów z w zakresie wskazanym pkt. II 1.1 Odwołania. Zamawiający również nie wymagał wykazania szczegółowego, wyjątkowego charakteru złożonych wyjaśnień, co sugeruje odwołujący w pkt. II 1.2 odwołania. Zamawiający również nie wymagał wykazania wpływu wyjaśnień na możliwość obniżenia cena (pkt. II.1.3 odwołania) niemniej jednak taki wpływ w wyjaśnieniach został wykazany. Odnosząc się do pkt. II 1.4 odwołania ww. wykonawca poinformował, że poprzez złożone oświadczenia udowodnił, że dysponuje własnym sprzętem budowlanym – wyburzeniowym. (brak żądania w wezwaniu przez zamawiającego). Ad. pkt. II.2.1 pracownicy – potwierdził zgodność zaoferowanej ceny z przepisami z zakresu prawa pracy i zabezpieczenia społecznego podając w wyjaśnieniu koszty pracy kierownika budowy oraz wynagrodzenie pracowników. Ad. Pkt. II 2.2 sprzęt, pkt. II 2.3 transport odpadów i transport, pkt. II.2.4 utylizacja odpadów, pkt. II 2.5 Materiały, pkt. II 2.6 roboty budowlane zgłaszający przystąpienie poinformował, że wszystkie te okoliczności zostały przez niego wyjaśnione i potwierdzone w złożonej ofercie i wyjaśnieniach (brak żądania w wezwaniu przez zamawiającego). W związku z powyższym nie zgodził się z wnioskami wynikającymi z pkt. II.3.Wnioski gdyż nie znajdują one żadnego potwierdzenia w dokumentach zamawiającego i zgłaszającego przystąpienie. (SWZ, wezwanie zamawiającego, złożona oferta, wyjaśnienia).

Reasumując ww. wykonawca z całą stanowczością uznał, że w sposób wyczerpujący adekwatnie do wezwania zamawiającego wykazał, iż złożona przez niego oferta zawiera realne (rynkowe) koszty wykonania prac, inne koszty niezbędne do prawidłowego zrealizowania przedmiotu zamówienia, jak i zakładany zysk. W tym miejscu zgłaszający przystąpienie raz jeszcze podkreślił, że w przypadku ceny ryczałtowej wykonawcy nie maja obowiązku przedstawienia, tak jak tego domaga się odwołujący, szczegółowej kalkulacji dla każdej pozycji (pracy). Za wystarczające należy uznać złożenie kalkulacji przygotowanej w sposób sumaryczny, z rozbiciem na poszczególne roboty – tak jak przedstawił to w

wyjaśnieniach. Zauważył również, że odwołujący w żaden sposób skutecznie nie zakwestionował ceny zaoferowanej przez niego a zarzuty odwołujący formułuje tylko w stosunku do sposobu złożonych wyjaśnień. Jednocześnie zgłaszający przystąpienie wskazał, że zaoferowana cena na niskim poziomie nie musi się równać cenie rażąco niskiej. Dlatego też stwierdził jednoznacznie, że jego cena ofertowa jest ceną wiarygodną, nieodbiegającą od ceny rynkowych i nie stanowi faktu realizacji zamówienia poniżej kosztów wytworzenia tej usługi i jest ceną rzetelnie skalkulowaną, co gwarantuje należyte wykonanie zamówienia. W związku z powyższym stanem faktyczno–prawnym stwierdził, że cena ofertowa zaproponowana przez niego nie jest ceną rażąco niską w stosunku do przedmiotu zamówienia i tym samym nie stanowi o zaistnieniu przesłanki z art.226 ust.1 pkt 8 i art. 224 ust. 6 Pzp.

Ponadto kolejnym pismem z dnia 27 stycznia 2023 r. wykonawca zgłaszający przystąpienie wniósł sprzeciw wobec uwzględnienia przez zamawiającego w całości zarzutów odwołania oraz o rozpoznanie przez Izbę ww. odwołania.

Na podstawie dokumentacji przedmiotowego postępowania, złożonych dowodów oraz biorąc pod uwagę stanowiska stron i uczestnika postępowania odwoławczego, Izba ustaliła i zważyła, co następuje:

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

Izba uznała, że odwołujący posiada interes w uzyskaniu zamówienia oraz może ponieść szkodę w wyniku naruszenia przez zamawiającego przepisów ustawy, czym wypełnił materialnoprawne przesłanki dopuszczalności odwołania, o których mowa w art. 505 ust. 1 Pzp.

Wobec spełnienia przesłanek określonych w art. 525 Pzp, Izba stwierdziła skuteczność zgłoszonego przystąpienia przez wykonawcę J. T. prowadzącego działalność gospodarczą pod nazwą ELEKTRO-TIM J. T. z siedzibą w Opatówku (zwanego dalej jako: „przystępujący"), do udziału w postępowaniu odwoławczym po stronie zamawiającego. W związku z tym ww. wykonawca stał się uczestnikiem postępowania odwoławczego.

Zamawiający w dniu 25 stycznia 2023 r. przekazał pismo zawierające oświadczenie o uwzględnieniu odwołania.

Przystępujący wniósł sprzeciw wobec uwzględnienia przez zamawiającego w całości zarzutów odwołania w związku z tym, mając na uwadze dyspozycję określoną w art. 523 ust. 3 Pzp, Izba rozpoznała odwołanie.

Izba zaliczyła na poczet materiału dowodowego:

1) dokumentację przekazaną w postaci elektronicznej, zapisaną na płycie DVD, złożoną do akt sprawy przez zamawiającego w dniu 25 stycznia 2023 r., w tym w szczególności:

- specyfikację warunków zamówienia (zwaną dalej nadal: „SWZ") wraz z załącznikami;
- ofertę przystępującego;
- informację z otwarcia ofert;
- wezwanie z dnia 7 grudnia 2022 r. w zakresie rażąco niskiej ceny, skierowane do przystępującego;
- wyjaśnienia przystępującego złożone pismem z dnia 12 grudnia 2022 r. w odpowiedzi na powyższe wezwanie;
- informację o wyborze oferty z dnia 11 stycznia 2023 r.;

2) dokumenty złożone na posiedzeniu przez odwołującego:

- cennik hurtowych cen paliw PKN Orlen za okres 7 października – 31 grudnia 2022 r.;
- trzy wydruki korespondencji z poczty elektronicznej zawierające oferty na utylizację odpadów.

Izba nie zaliczyła na poczet materiału dowodowego dokumentów złożonych przez przystępującego, które obejmowały umowy z pracownikami. Przystępujący usiłował złożyć powyżej wskazane dokumenty wraz z pismem procesowym, ale zostały przesłane w formacie, który uniemożliwiał ich odczytanie, a następnie przesłał je podczas rozprawy. Dokumenty odnosiły się do okoliczności związanych ze złożonymi wyjaśnieniami rażąco niskiej ceny, do których był wzywany przystępujący i zostały przedłożone w związku z podniesionym zarzutem rażąco niskiej ceny. W związku z tym skład orzekający uznał przedmiotowe dokumenty za niedopuszczalne na tym etapie. Wykonawca wzywany do wyjaśnień rażąco niskiej ceny zobowiązany jest do składania dowodów potwierdzających złożone wyjaśnienia najpóźniej w terminie zakreślonym przez zamawiającego na złożenie wyjaśnień. W ocenie składu orzekającego dokumenty złożone na etapie postępowania odwoławczego w celu potwierdzenia słuszności złożonych wyjaśnień rażąco niskiej ceny przez wykonawcę wzywanego do udzielenia takich wyjaśnień nie mogą wchodzić w skład materiału dowodowego, a przez to nie mogą być wzięte pod uwagę na potrzeby rozstrzygnięcia.

Izba ustaliła co następuje

Zgodnie z protokołem postępowania, szacunkowa wartość zamówienia ustalona przez zamawiającego wynosiła 1 000 000,00 zł netto (1 230 000,00 zł brutto).

Z informacji z otwarcia ofert wynikało, że w postępowaniu złożono 3 oferty. Przystępujący zaoferował cenę 475 000,00 zł brutto, odwołujący – 1 045 500,00 zł brutto, a trzeci wykonawca – 1 414 500,00 zł brutto.

Przed otwarciem ofert zamawiający poinformował, że na sfinansowanie zamówienia zamierza przeznaczyć kwotę w wysokości 600 000,00 zł brutto.

W dniu 7 grudnia 2022 r. przystępujący został wezwany przez zamawiającego do złożenia wyjaśnień w zakresie ceny. W treści wezwania zamawiający wskazał:

Zamawiający w celu ustalenia, czy złożona przez Wykonawcę oferta zawiera rażąco niską cenę w stosunku do przedmiotu zamówienia, zwraca się o udzielenie wyjaśnień, w tym złożenia dowodów w zakresie wyliczenia ceny, w szczególności w zakresie:

1) 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 przepi5ów odrębnych właściwych dla spraw, z którymi związane jest realizowane zamówienie;

2) zgodności z przepisami z zakresu prawa pracy i zabezpieczenia społecznego, obowiązującymi w miejscu, w którym realizowane jest zamówienie.

Przystępujący w zakreślonym terminie tj. w dniu 12 grudnia 2022 r., przedłożył zamawiającemu wyjaśnienia w zakresie wyliczenia ceny. Do wyjaśnień nie załączył dowodów.

Zamawiający w dniu 11 stycznia 2023 r. dokonał wyboru najkorzystniejszej oferty w postępowaniu. Jako najkorzystniejsza została wybrana oferta przystępującego. Oferta odwołującego została sklasyfikowana na drugim miejscu w rankingu.

Treść przepisów dotyczących zarzutów:

- art. 239 ust. 1 Pzp – Zamawiający wybiera najkorzystniejszą ofertę na podstawie kryteriów oceny ofert określonych w dokumentach zamówienia.;

- art. 226 ust. 1 pkt 8 Pzp – Zamawiający odrzuca ofertę, jeżeli zawiera rażąco niską cenę lub koszt w stosunku do przedmiotu zamówienia;

- art. 224 ust. 6 Pzp – 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.;

- art. 16 pkt 1, 2 i 3 Pzp – Zamawiający przygotowuje i przeprowadza postępowanie o udzielenie zamówienia w sposób:

1) zapewniający zachowanie uczciwej konkurencji oraz równe traktowanie wykonawców;

2) przejrzysty;

3) proporcjonalny.

Izba zważyła co następuje

Biorąc pod uwagę zgromadzony w sprawie materiał dowodowy oraz stanowiska stron i uczestnika postępowania odwoławczego Izba uznała, że odwołanie zasługiwało na uwzględnienie.

Na wstępie skład orzekający zdecydował się podkreślić, że rozstrzygając sprawę w kontekście podniesionych w odwołaniu zarzutów należało skupić się na czynności zamawiającego polegającej na ocenie złożonych przez przystępującego wyjaśnień w kontekście treści wezwania, a następnie prawidłowości decyzji o nieodrzuceniu oferty tego wykonawcy. Tym samym rozstrzygnięcie przedmiotowej sprawy wymagało odpowiedzi na pytanie, czy na podstawie złożonych przez przystępującego wyjaśnień zamawiający był uprawniony do wniosku, że zaoferowana cena nie jest rażąco niska. Ponadto Izba stwierdziła, że skierowanie wezwania do wyjaśnienia ceny oferty powoduje powstanie po stronie wykonawcy obowiązku przedstawienia rzetelnych i popartych dowodami wyjaśnień co do sposobu kalkulacji ceny, przyjętych założeń, uwzględnionych czynników kosztotwórczych i innych okoliczności mających wpływ na wysokość zaoferowanej ceny. Jak bowiem wynika z przepisów art. 224 ust. 5 i 6 Pzp, na wykonawcy spoczywa ciężar wykazania prawidłowości ceny, a niewywiązanie się z tego obowiązku skutkuje koniecznością odrzucenia oferty. W związku z tym konsekwencją złożenia wyjaśnień, które nie pozwalają stwierdzić, że zaoferowana cena jest realna, nie są wyczerpujące i poparte dowodami, jest konieczność odrzucenia oferty.

Przechodząc do meritum skład orzekający w pierwszej kolejności odniósł się do treści wezwania z dnia 7 grudnia 2022 r. skierowanego do przystępującego w związku z wyjaśnieniem rażąco niskiej ceny. W wyniku analizy tego wezwania Izba stwierdziła, że miało ono dość wąski zakres. W tym miejscu warto przypomnieć, że postępowanie zostało zakwalifikowane rodzajowo jako roboty budowlane. Zgodnie natomiast z art. 224 ust. 4 Pzp w przypadku zamówień na roboty budowlane lub usługi, zamawiający jest obowiązany żądać wyjaśnień, o których mowa w ust. 1, co najmniej w zakresie określonym w ust. 3 pkt 4 i 6. W wezwaniu z dnia 7 grudnia 2022 r. zamawiający wskazał na te czynniki

wpływające na wysokość ceny lub kosztu, które zostały określone w art. 224 ust. 3 pkt 4 i 6 Pzp, tj.: - 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;

- zgodności z przepisami z zakresu prawa pracy i zabezpieczenia społecznego,

obowiązującymi w miejscu, w którym realizowane jest zamówienie.

Przystępujący zwracał uwagę na ogólnikowość wezwania oraz w związku z tym wskazywał na możliwość wykorzystania przeciw niemu wyjaśnień złożonych w odpowiedzi na tak ogólnikowe wezwanie. W ocenie składu orzekającego w pewnej mierze stanowisko przystępującego było słuszne. Słuszność ta przejawiała się w tym, że w przypadku dość ogólnego wezwania do złożenia wyjaśnień rażąco niskiej ceny wykonawca, przygotowując odpowiedź na takie wezwanie, ma szerokie możliwości co do sposobu wyboru argumentacji służącej obronie swojej oferty. Innymi słowy ogólnikowe wezwanie daje wykonawcy sporą elastyczność w zakresie sporządzenia wyjaśnień i składania dowodów w celu wykazania, że cena jego oferty nie jest rażąco niska. Jednakże w okolicznościach przedmiotowej sprawy powyższe stwierdzenie okazało się niewystarczające, ponieważ należało zwrócić uwagę na dwie bardzo istotne kwestie. Po pierwsze ogólnikowość wezwania i związane tym możliwości pozostające po stronie wzywanego wykonawcy, nie uprawniają go do złożenia jakichkolwiek wyjaśnień tj. stanowiących wyłącznie formalną odpowiedź na wezwanie. Po drugie w treści wezwania zamawiający wyraźnie wskazał, że zwrócił się do przystępującego o udzielenie wyjaśnień w tym złożenia dowodów w zakresie wyliczenia ceny w szczególności w zakresie czynników wskazanych w art. 224 ust. 3 pkt 4 i 6 Pzp.

W ocenie składu orzekającego wyjaśnienia przystępującego dotyczące zakresu wezwania były niewystarczające przede wszystkim w aspekcie dowodowym. Mimo ogólnikowości wezwania, nie można było pominąć faktu podania w ich treści zakresu wymagającego wyjaśnienia w tym udowodnienia, który odnosił się do czynników wpływających na wysokość ceny lub kosztu, które zostały określone w art. 224 ust. 3 pkt 4 i 6 Pzp. W odniesieniu do tych czynników wyjaśnienia przystępującego obejmowały dwa oświadczenia zawarte w pkt 2 i 9 na str. 2-3 wyjaśnień z dnia 12 grudnia 2022 r., podanie stawki za roboczogodzinę oraz ryczałtowego wynagrodzenia kierownika robót, które zostało wskazane w części wyjaśnień dotyczącej prac przygotowawczych. Powyżej wskazane wyjaśnienia nie zostały poparte żadnymi dowodami, co w okolicznościach przedmiotowej sprawy musiało skutkować uznaniem tych wyjaśnień za niewłaściwe.

Przystępujący argumentował, że zamawiający nie wzywał go do złożenia konkretnych dowodów, niemniej tego argumentu nie można było potraktować, w okolicznościach niniejszej sprawy, jako zwolnienia z obowiązku ich złożenia. Przytoczony powyżej argument można było potraktować jako przyznanie pewnej swobody w składaniu dowodów na poparcie złożonych wyjaśnień. Zgodnie z orzecznictwem Izby, dowodami takimi mogą być np. zawarte umowy czy dokumenty płacowe. Ponadto Izba doszła do przekonania, że przystępujący miał świadomość istotności i konieczności złożenia dowodów w ramach wyjaśnień, ponieważ w trakcie postępowania odwoławczego, wnioskował o załączenie na poczet materiału dowodowego umów z pracownikami. Na tym etapie tj. po upływie terminu na złożenie

wyjaśnień oraz po wyborze najkorzystniejszej oferty taki dowód, w opinii składu orzekającego, należało uznać za spóźniony, ponieważ odnosił się do kwestii rażąco niskiej ceny, która była wyjaśniana na etapie postępowania przetargowego. Wniosek dowodowy w tym zakresie zgłoszony przez przystępującego, Izba potraktowała jako pośrednie przyznanie przez tego wykonawcę, konieczności złożenia dowodów w celu wyjaśnienia rażąco niskiej ceny w zakresie jego oferty. Dodatkowo skoro przystępującemu udało się zebrać takie dowody na etapie postępowania odwoławczego, to trudno nie uznać, że mógł on takie dowody przygotować i złożyć na etapie wyjaśnienia ceny, co tym bardziej podważało staranność przystępującego przy składaniu wyjaśnień oraz jego argumentację jako strony postępowania.

Kolejne argumenty przystępującego odnosiły się do wskazania, że zamawiający przewidział wynagrodzenie ryczałtowe oraz nie wymagał złożenia szczegółowej kalkulacji. Okoliczność określenia wynagrodzenia ofertowego w formie ryczałtu nie zwalnia zamawiającego z obowiązku badania oferty wykonawcy pod kątem rażąco niskiej ceny. Jeśli wystąpiły przesłanki obligujące do wezwania wykonawcy w celu złożenia wyjaśnień w zakresie rażąco niskiej ceny to zamawiający powinien skierować wezwanie do wykonawcy ze wszystkimi jego konsekwencjami. Co do złożenia szczegółowej kalkulacji Izba ustaliła powyżej, że zamawiający nie wzywał do złożenia konkretnych dowodów lub określonego sposobu złożenia wyjaśnień, zatem przystępujący miał słuszność, że nie musiał składać szczegółowej kalkulacji. Ustalenie to jednak nie zwalniało przystępującego, w okolicznościach faktycznych sprawy, z obowiązku złożenia dowodów na poparcie wyjaśnień dotyczących rażąco niskiej ceny.

Ostatni argument przystępującego dotyczył stosunku ceny złożonej przez niego oferty do kwoty przeznaczonej przez zamawiającego na sfinansowanie zamówienia. Przystępujący zwrócił uwagę, że cena jego oferty wynosiła 475 000,00 zł, a zamawiający na sfinansowanie zamówienia przeznaczył kwotę 600 000,00 zł. Stwierdził, że zamawiający publikując ww. kwotę uznał, że zamówienie można wykonać za 600 000,00 zł, a jego oferta jako jedyna mieściła się w tej kwocie. Przystępujący wskazywał, że powyższy fakt ma charakter oczywistej okoliczności, o której mowa w treści art. 224 ust. 2 pkt 1 Pzp in fine, która zwalnia zamawiającego z konieczności wezwania wykonawcy do wyjaśnień jeśli cena oferty jest o 30% niższa od średniej arytmetycznej cen ofert lub szacunkowej wartości zamówienia powiększonej o należny podatek od towarów i usług. Tym samym przystępujący de facto kwestionował zasadność wezwania z dnia 7 grudnia 2022 r.

Izba uznała powyżej zaprezentowane stanowisko przystępującego za chybione. Po pierwsze jeśli przystępujący chciał kwestionować czynność zamawiającego z dnia 7 grudnia 2022 r. to

mógł wnieść od niej odwołanie. Aktualnie obowiązujące przepisy przewidują taką możliwość, nawet w postępowaniach prowadzonych w tzw. procedurze krajowej.

Po drugie nie można było pominąć znacznej różnicy pomiędzy ceną zaoferowaną przez przystępującego w stosunku do cen podanych przez pozostałych wykonawców składających oferty oraz do szacunkowej wartości zamówienia. Cena oferty przystępującego w sposób znaczący odbiegała zarówno od średniej arytmetycznej ofert (była niższa o 51,45% od tej średniej), jak i ubruttowionej szacunkowej wartości zamówienia (niższa o 61,38% od tej kwoty). Różnice te wskazał zamawiający w wezwaniu i nie były one kwestionowane przez przystępującego.

Po trzecie przepis art. 224 ust. 2 pkt 1 Pzp wskazuje na szacunkową wartość zamówienia, a nie na kwotę jaką zamawiający przeznaczył na sfinansowanie zamówienia. Ustawodawca nie zdefiniował pojęcia szacunkowej wartości zamówienia czy też wartości zamówienia, ograniczając się do wskazania podstawy jej ustalenia oraz wskazując zakres przedmiotowy. Podstawą ustalenia wartości zamówienia jest więc całkowite szacunkowe wynagrodzenie wykonawcy. Oznacza to, że przy ustaleniu wartości zamówienia niezbędne jest uwzględnienie wszystkich jego elementów, także ewentualnych świadczeń dodatkowych. W przypadku ustalania wartości na roboty budowlane konieczne jest uwzględnienie także wartości niezbędnych usług i dostaw. Ponadto ustawodawca wymaga, aby wartość zamówienia ustalona została z należytą starannością. Pojęcie należytej staranności występuje w art. 355 § 1 k.c., w którym wskazano, że dłużnik zobowiązany jest do staranności ogólnie wymaganej w stosunkach danego rodzaju, a należytą staranność dłużnika w zakresie prowadzonej przez niego działalności gospodarczej określa się przy uwzględnieniu zawodowego charakteru tej działalności. Wzorzec należytej staranności powinien mieć charakter obiektywny. Ustalenie wartości zamówienia z należytą starannością oznacza wybór właściwej metody dokonania takiego szacunku oraz zastosowanie adekwatnych technik ustalenia szacunkowego wynagrodzenia wykonawcy. Miarą należytej staranności jest jej rzetelność prowadząca do ustalenia wartości zamówienia w kwocie możliwie najbliższej cenie rynkowej tego zamówienia. Podsumowując, wartość zamówienia powinna być jak najbardziej zbliżona do ceny rynkowej tego zamówienia, w najszerszym przewidywanym jego zakresie oraz być wyrażona w kwotach netto. W okolicznościach przedmiotowej sprawy Izba nie stwierdziła wątpliwości co do ustalenia z należytą starannością szacunkowej wartości zamówienia. Przystępujący próbował wywołać takie wątpliwości wskazując na różnice pomiędzy wartością zamówienia, a kwotą przeznaczoną na sfinansowanie zamówienia, która była niższa od wartości zamówienia, a najbardziej zbliżona do tej kwoty była jego oferta. Przepisy Pzp nie nakazują, aby kwota, jaką zamawiający zamierza przeznaczyć na sfinansowanie zamówienia, była tożsama z

szacunkową wartością zamówienia lub z niej wynikała. Ustalenie wartości zamówienia jest podstawową czynnością na etapie przygotowania postępowania o udzielenie zamówienia. Czynność ta spełnia przede wszystkim funkcję proceduralną i weryfikacyjną dla przygotowywanego postępowania. Natomiast kwota, jaką zamawiający zamierza przeznaczyć na sfinansowanie zamówienia to kwota wynikająca aktualnie z budżetu zamawiającego, planu finansowego lub innego dokumentu pełniącego podobne funkcje planistyczne. Jest ona punktem odniesienia dla stwierdzenia, czy istnieją podstawy do unieważnienia postępowania zgodnie z art. 255 pkt 3 Pzp, tj. w sytuacji, gdy cena najkorzystniejszej oferty lub oferta z najniższą ceną przewyższa kwotę, jaką zamawiający zamierza przeznaczyć na sfinansowanie zamówienia. Jak wynika z powyższego szacunkowa wartość zamówienia oraz kwota przeznaczona na sfinansowanie zamówienia mają różne funkcje i w stosunku do tych funkcji należy je odnosić, a co najistotniejsze przepisy Pzp nie zabraniają, by kwota przeznaczona na sfinansowanie zamówienia była niższa od wartości zamówienia.

Reasumując Izba uznała, że część argumentacji odwołującego, odnosząca się do braku złożenia dowodów przez przystępującego wraz z wyjaśnieniami rażąco niskiej ceny okazała się zasadna i doprowadziła od przekonania, że oferta przystępującego powinna zostać odrzucona jako zawierająca rażąco niską cenę. Ponadto Izba rozstrzygnęła zasadność czynności zamawiającego wyłącznie w kontekście treści wezwania, złożonych w odpowiedzi na nie wyjaśnień i związanej z nimi argumentacją odwołującego, która okazała się trafna. Tym samym skład orzekający doszedł do przekonania, że część argumentacji odwołującego, która odnosiła się do kosztów czy też pozycji przedmiaru robót niewskazanych w treści wezwania, nie zasługiwała na uwzględnienie. Przy czym ta część argumentacji odwołującego, która okazała się zasadna wystarczyła do uznania, że zamawiający dokonał w dniu 11 stycznia 2023 r. czynności wyboru najkorzystniejszej oferty w postępowaniu z naruszeniem art. 226 ust. 1 pkt 8 Pzp w zw. z art. 224 ust. 6 Pzp oraz w zw. z art. 16 Pzp.

W związku z powyższym Izba uznała, że odwołanie podlegało uwzględnieniu i na podstawie art. 553 zdanie pierwsze Pzp orzekła jak w sentencji. Zgodnie bowiem z treścią art. 554 ust. 1 pkt 1 Pzp, Izba uwzględnia odwołanie w całości, jeżeli stwierdzi naruszenie przepisów ustawy, które miało wpływ lub może mieć istotny wpływ na wynik postępowania o udzielenie zamówienia. Potwierdzenie zarzutów wskazanych w odwołaniu spowodowało, iż w przedmiotowym stanie faktycznym została wypełniona hipoteza normy prawnej wyrażonej w ww. przepisie, ponieważ zamawiający w sposób nieprawidłowy dokonał czynności wyboru najkorzystniejszej oferty w postępowaniu, uznając za takową ofertę, która podlegała odrzuceniu jako zawierająca rażąco niską cenę.

O kosztach postępowania odwoławczego orzeczono stosownie do jego wyniku, na podstawie art. 557 i 575 Pzp oraz § 5 pkt 1 i 2 lit. b) w zw. z § 7 ust. 1 pkt 2 rozporządzenia Prezesa Rady Ministrów z dnia 30 grudnia 2020 r. w sprawie szczegółowych rodzajów kosztów postępowania odwoławczego, ich rozliczania oraz wysokości i sposobu pobierania wpisu od odwołania z dnia 30 grudnia 2020 r. (Dz. U. z 2020 r. poz. 2437), zaliczając na poczet postępowania odwoławczego koszt wpisu od odwołania uiszczony przez odwołującego oraz zasądzając od przystępującego na rzecz odwołującego koszty poniesione z tytułu wpisu od odwołania oraz zastępstwa procesowego (zgodnie z rachunkiem złożonym na rozprawie).

Przewodniczący: ……