

Sygn. akt: KIO 323/23

WYROK

z dnia 21 lutego 2023 r.

Krajowa Izba Odwoławcza - w składzie:

Przewodniczący: Luiza Łamejko

Protokolant: Oskar Oksiński

po rozpoznaniu na rozprawie w dniu 20 lutego 2023 r. w Warszawie odwołania wniesionego do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej w dniu 6 lutego 2023 r. przez wykonawcę Tree Capital Sp. z o.o. z siedzibą w Baniosze w postępowaniu prowadzonym przez Uniwersytet Medyczny w Łodzi

przy udziale wykonawców:

A. AKPE Group Sp. z o.o. z siedzibą w Katowicach

zgłaszającego przystąpienie do postępowania odwoławczego po stronie odwołującego.

B. K.K. prowadzący działalność gospodarczą pod firmą DEMCO K.K. z siedzibą w Łodzi

C. T.K.J. M. Sp. j. z siedzibą w Grudziądzu

zgłaszających przystąpienie do postępowania odwoławczego po stronie zamawiającego.

orzeka:

1. Uwzględnia odwołanie w zakresie zarzutu naruszenia art. 224 ust. 1 ustawy Prawo

zamówień publicznych przez zaniechanie ponownego wezwania wykonawców K.K. prowadzący działalność gospodarczą pod firmą DEMCO K.K. z siedzibą w Łodzi i T.K.J. M. Sp. j. z siedzibą w Grudziądzu do złożenia wyjaśnień

i nakazuje zamawiającemu Uniwersytetowi Medycznemu w Łodzi unieważnienie czynności wyboru oferty najkorzystniejszej oraz powtórzenie czynności badania i oceny ofert, a w jej toku wezwanie wykonawców K.K. prowadzący działalność gospodarczą pod firmą DEMCO K.K. z siedzibą w Łodzi i T.K.J. M. Sp. j. z siedzibą

w Grudziądzu w trybie art. 224 ust. 1 ustawy Prawo zamówień publicznych do złożenia wyjaśnień.

2. Oddala odwołanie w pozostałym zakresie.

3. Kosztami postępowania obciąża T.K.J. M. Sp. j. z siedzibą w Grudziądzu i:

3.1. zalicza w poczet kosztów postępowania odwoławczego kwotę 10 000 zł 00 gr (słownie: dziesięć tysięcy złotych zero groszy) uiszczoną przez Tree Capital Sp. z o.o. z siedzibą w Baniosze tytułem wpisu od odwołania oraz kwotę 3 600 zł 00 gr (słownie: trzy tysiące sześćset złotych zero groszy) stanowiącą koszty postępowania poniesione przez Tree Capital Sp. z o.o. z siedzibą w Baniosze tytułem wynagrodzenia pełnomocnika,

3.2. zasądza od T.K.J. M. Sp. j. z siedzibą w Grudziądzu na rzecz Tree Capital Sp. z o.o. z siedzibą w Baniosze kwotę 6 800 zł 00 gr (słownie: sześć tysięcy osiemset złotych zero groszy).

Stosownie do art. 579 i 580 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.

Przewodniczący:

Sygn. akt: KIO 323/23

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

Uniwersytet Medyczny w Łodzi (dalej: „Zamawiający”) prowadzi w trybie podstawowym bez negocjacji postępowanie o udzielenie zamówienia publicznego pn. „Rozbiórka budynku należącego do Uniwersytetu Medycznego w Łodzi przy ul. Mazowieckiej 12/16 w Łodzi”. Postępowanie to prowadzone jest na podstawie przepisów ustawy z dnia 11 września 2019 r. - Prawo zamówień publicznych (Dz. U. z 2022 r. poz. 1710 ze zm.), zwanej dalej: „ustawy Pzp”. Ogłoszenie o zamówieniu zostało opublikowane w Biuletynie Zamówień Publicznych w dniu 18 listopada 2022 r. pod pozycją 2022/BZP 00447364/01.

W dniu 6 lutego 2023 r. wykonawca Tree Capital Sp. z o.o. z siedzibą w Baniosze (dalej: „Odwołujący”) wniósł do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej odwołanie wobec czynności i zaniechań Zamawiającego, polegających na:

- wyborze oferty wykonawcy K.K. prowadzący działalność gospodarczą pod firmą

DEMCO K.K. z siedzibą w Łodzi (dalej: „Wykonawca DEMCO”),

- zaniechaniu odrzucenia ofert Wykonawców: DEMCO i C. T.K.J. M. Sp. j.

z siedzibą w Grudziądzu (dalej: „Wykonawca M.”).

Odwołujący zarzucił Zamawiającemu naruszenie:

- 1) naruszenie art. 226 ust. 1 pkt 8 w zw. z art. 224 ust. 6 ustawy Pzp oraz art. 16 i 17

ustawy Pzp poprzez zaniechanie odrzucenia ofert Wykonawców DEMCO i M., pomimo, że nie podali oni obowiązkowi udzielenia wyczerpujących wyjaśnień w zakresie rażąco niskiej ceny oraz złożenia w tym zakresie dowodów i, pomimo, iż z wyjaśnień tych wynikało, że zaoferowali rażąco niską cenę w postępowaniu, co doprowadziło do naruszenia zasady uczciwej konkurencji oraz równego traktowania wykonawców,

- 2) ewentualnie art. 224 ust. 1 ustawy Pzp poprzez zaniechanie ponownego

wezwania Wykonawców DEMCO i M. do złożenia wyjaśnień, jeżeli po złożeniu wyjaśnień pojawiły się u Zamawiającego jakieś wątpliwości co do realności zaoferowanej przez nich ceny ofertowej.

Odwołujący wniósł o uwzględnienie odwołania oraz o nakazanie Zamawiającemu:

1. unieważnienia czynności dokonania wyboru najkorzystniejszej oferty,
 2. powtórzenie czynności badania i oceny ofert,
 3. odrzucenie ofert Wykonawców DEMCO i M. ze względu na rażąco niską cenę.
- I. Odnosząc się do wyjaśnień złożonych przez Wykonawcę DEMCO Odwołujący wskazał:

W ocenie Odwołującego, złożone wyjaśnienia Wykonawcy DEMCO w żaden sposób nie wykazują, iż złożona przez Wykonawcę oferta nie zawiera rażąco niskiej ceny. Zdaniem Odwołującego, wyjaśnienia Wykonawcy DEMCO nie odpowiadają wezwaniu Zamawiającego, a ponadto, ich treść potwierdza, że Wykonawca nie wliczył wszystkich kosztów wykonania zamówienia.

Odwołujący stwierdził, że:

- wyjaśnienia te są lakoniczne - stanowią jedynie zbiór kwot kosztów składających się na cenę ofertową,
- do wyjaśnień Wykonawca DEMCO, wbrew jednoznacznej dyspozycji Zamawiającego nie dołączył żadnych dowodów potwierdzających wysokość kosztów, na których wyjaśnieniu Zamawiającemu najbardziej zależało (jedynie dowody to oferta sprzedaży kruszywa lub okien PCV, które mają potwierdzać wysokość możliwego przychodu, jaki Wykonawca DEMCO może uzyskać ze sprzedaży materiałów pozyskanych z rozbiórki),
- główne założenie kalkulacji Wykonawcy DEMCO, tj. sprzedaż materiałów pozyskanych z rozbiórki, które ma pozwolić Wykonawcy uzyskać przychód pokrywający koszty wykonania prac budowlanych jest niemożliwe do zrealizowania na warunkach zaprezentowanych w wyjaśnieniach - Wykonawca DEMCO nie posiada decyzji na przetwarzanie odpadów na terenie inwestycji, co oznacza, że w tym zakresie będzie musiał korzystać z usług innego podmiotu, a kosztu tej usługi nie wliczył w cenę ofertową.

Odwołujący podniósł, że Wykonawca DEMCO nie udowodnił, że okoliczności, na które się powołuje, mają charakter wyjątkowy, niedostępny innym przedsiębiorcom obecnym na rynku.

Odwołujący stwierdził, że już w tej pierwszej części wyjaśnień Wykonawca DEMCO przedstawia założenia kalkulacji, które albo są błędne, albo niezgodne z rzeczywistością, albo w ogóle nie tłumaczą sposobu kalkulacji ceny.

W zakresie twierdzenia, że w przedmiotowym obiekcie znajduje się niewiele materiałów podlegających kosztownej utylizacji, Odwołujący podał, że nie jest to okoliczność wyjątkowo sprzyjająca tylko temu wykonawcy, co pozwoliło mu na tak korzystną kalkulację ceny ofertowej. Warunki obiektu poddawanego rozbiórce są jednakowe dla wszystkich uczestników postępowania, toteż fakt, iż miałoby się w nim znajdować niewiele materiałów wymagających kosztownej utylizacji, nie może być argumentem przemawiającym za takim zniżeniem ceny. Odwołujący zwrócił uwagę, że 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 Krajowej Izby Odwoławczej z dnia 20 kwietnia 2017 r., sygn. akt KIO 681/17).

Jako niemożliwe do zrealizowania na warunkach przedstawionych przez Wykonawcę DEMCO w ofercie Odwołujący uznał założenie, iż wykonawca będzie poddawać recyklingowi gruz pozyskany z rozbiórki, a następnie sprzedawać. Odwołujący wskazał, że Wykonawca DEMCO nie posiada pozwoleń na przetwarzanie odpadów lub pozwoleń na wytworzenie odpadów obejmującego zezwolenie na ich przetwarzanie, co można w łatwy sposób sprawdzić za pomocą ogólnodostępnej wyszukiwarki rejestru BDO. Jak podkreślił Odwołujący, powyższe pozwolenia są niezbędne do tego, aby wykonawca mógł w sposób zgodny z obowiązującymi przepisami pozyskany z rozbiórki odpad (gruz) przetworzyć na materiał gotowy do sprzedaży (kruszywo, stal).

Z powyższego Odwołujący wywiódł, że Wykonawca DEMCO będzie musiał w tym względzie korzystać z usług innego przedsiębiorcy posiadającego takie pozwolenia - takiej możliwości jednak nie przewidział w swojej ofercie (nie oświadczył bowiem, iż będzie korzystał z podwykonawcy). Dodatkowo, jak zauważył Odwołujący, Wykonawca DEMCO w kalkulacji ceny ofertowej nie uwzględnił również kosztu zaangażowania takiego podwykonawcy, który byłby odpowiedzialny za przetworzenie odpadów z rozbiórki, co prowadzi do wniosku, że przedstawione wyjaśnienia w zakresie rażąco niskiej ceny nie prezentują sposobu obliczenia ceny wyczerpująco.

Odwołujący przyjął, że Wykonawca DEMCO prawdopodobnie zakłada, iż o takie pozwolenie wystąpi i je uzyska - jednakże w ocenie Odwołującego, wykonawca rzetelnie kalkulujący cenę ofertową powinien uwzględnić ryzyka: (a) niezyskania takiej decyzji, (b) uzyskania takiej decyzji z opóźnieniem, których wystąpienie jest bardzo prawdopodobne. Odwołujący zaznaczył, że termin wykonania prac wynosi do 12 miesięcy, zatem nawet uzyskanie pozwolenia w terminie (co w praktyce nie zdarza się często) oznaczałoby konieczność uwzględnienia kosztów choćby częściowego zaangażowania firmy, która będzie odpowiedzialna za przetworzenie odpadów na miejscu rozbiórki, do momentu uzyskania przez Wykonawcę DEMCO stosownego pozwolenia.

Niezależnie od powyższego, zdaniem Odwołującego, opieranie całej kalkulacji ceny ofertowej o koncepcję, mającą na celu znaczne obniżenie kosztów wykonania przedmiotu zamówienia, w sytuacji, gdy realizacja tej koncepcji nie jest pewna w przeszłości, a na ten

moment nierealna (brak możliwości przetwarzania odpadów bez posiadania pozwolenia), świadczy o nierzetelnym podejściu Wykonawcy DEMCO do obliczenia ceny.

Odwołujący stoi na stanowisku, iż nawet gdyby Wykonawca DEMCO uzyskał pozwolenie na przetworzenie odpadów w trakcie realizacji umowy, co miałyby przełożyć się na oszczędności w wykonaniu prac rozbiórkowych, to złożonych przez niego wyjaśnień nie można potraktować za wyczerpujące, rzetelne oraz udowodnione, zgodnie z wyraźną dyspozycją zawartą w art. 224 ust. 5 ustawy Pzp oraz w wezwaniu Zamawiającego.

Odwołujący podkreślił, że Zamawiający skierował do Wykonawcy DEMCO precyzyjne wezwanie, w którym wymagał wyjaśnienia okoliczności wymienionych w art. 224 ust. 3 ustawy Pzp, jak również oczekiwał przedstawienia kalkulacji odnośnie wyspecyfikowanych grup kosztów. Jednocześnie, Zamawiający wyraźnie podkreślił, iż wymaga przedłożenia dowodów na potwierdzenie okoliczności przywoływanych w wyjaśnieniach - brak jakichkolwiek dowodów dołączonych do wyjaśnień miał przesądzać o ich iluzoryczności. Odwołujący zwrócił uwagę, że Zamawiający sporządził treść wezwania do wyjaśnień w zakresie rażąco niskiej ceny zgodnie z linią orzeczniczą KIO w tym przedmiocie oraz poglądami doktryny - posłużył się bowiem nie tylko treścią art. 224 ust. 3 ustawy Pzp, ale również przywołał najważniejsze, w jego ocenie, koszty wykonania zamówienia, wymagające wyjaśnienia. Jednocześnie, w opinii Odwołującego, oczekiwanie, aby wykonawcy składający wyjaśnienia złożyli również dowody na potwierdzenie swoich twierdzeń, świadczy o rzetelności Zamawiającego, który nie chciał opierać swojej oceny wyłącznie o oświadczenia własne wykonawców, ale potrzebował w tym względzie bardziej wiarygodnego materiału. Odwołujący zaznaczył, że wszyscy wykonawcy: Odwołujący, Wykonawca DEMCO oraz Wykonawca M. otrzymali wezwania o tej samej treści - dzięki czemu została zrealizowana zasada przejrzystości i równego traktowania wykonawców.

W ocenie Odwołującego, na etapie oceny wyjaśnień złożonych przez Wykonawcę DEMCO, Zamawiający odstąpił od ustalonych przez siebie wymagań, uznając je za prawidłowe, czym, zdaniem Odwołującego, naruszył zasady przejrzystości i równego traktowania wykonawców.

Odwołujący podniósł, że Zamawiający uznał, iż wyjaśnienia Wykonawcy DEMCO są prawidłowe i potwierdzają rzetelność skalkulowanej ceny, pomimo, że wyjaśnienia nie zawierają szczegółowej kalkulacji ceny ofertowej - de facto stanowią one wyłącznie wypisanie wartości poszczególnych kosztów, bez podania założeń kalkulacyjnych niezbędnych do ich wyliczenia. Przykładowo Odwołujący wskazał, że Wykonawca DEMCO podał globalną kwotę wynagrodzenia kierownika budowy, bez podania za jaki okres

przewidziane jest to wynagrodzenie (w zdaniu powyżej stwierdza, że aktywne prace rozbiórkowe będą trwać 3-4 miesiące, jednak nie wiadomo, dlaczego takie założenie poczynił). Podobnie, globalne kwoty Wykonawca podał odnośnie kosztów serwisu, transportu i paliwa dla poszczególnych maszyn, które mają być wykorzystywane w trakcie rozbiórki, jednak trudno zweryfikować prawidłowość podanych wartości skoro zostały przedstawione łącznie.

Odwołujący podkreślił, że do wyjaśnień Wykonawcy DEMCO nie dołączył żadnych dowodów. Jedyne „dowody” jakie zostały ujęte w treści wyjaśnień to fragmenty ofert sprzedaży okien PCV oraz kruszywa, mające potwierdzać słuszność jego założeń odnośnie skalkulowanych poziomów zysków mających pochodzić z odsprzedaży odpadów z rozbiórki. Odwołujący stwierdził, że po pierwsze, dowody te w żaden sposób nie są przydatne dla potwierdzenia prawidłowości wyjaśnień Wykonawcy DEMCO, ponieważ służą potwierdzeniu zakładanej przez niego koncepcji wykonania prac, której nie może zrealizować (ze względu na brak posiadania przez niego pozwolenia na przetworzenie odpadów). Po drugie, „dowodów” tych nie można uznać za wiarygodne, ponieważ, jak sam wskazał Wykonawca DEMCO, są to wyłącznie

oferty przykładowe, jednostkowe i nie obrazują warunków rynkowych w tym względzie.

Jednocześnie, jak zauważył Odwołujący, Wykonawca DEMCO nie przedłożył żadnego dowodu, który mógłby potwierdzić, że przywołane przez niego w wyjaśnieniach kwoty znajdują potwierdzenie w rzeczywistości, w szczególności w odniesieniu do tych kosztów, których wyjaśnienia domagał się Zamawiający wprost w wezwaniu. Tym samym, w ocenie Odwołującego, brak jest w wyjaśnieniach Wykonawcy DEMCO dowodów potwierdzających koszty wykonania dokumentacji projektowej (np. oferty od firmy projektującej), wynagrodzenia kierownika budowy i geodety (np. umowy z tymi osobami), czy zabezpieczenia i oznakowania terenu budowy (np. ofert od dostawcy, faktury na zakup itp.). Na uwagę szczególnie zasługuje brak jakichkolwiek dowodów potwierdzających zakładane koszty pracy sprzętu - Wykonawca DEMCO powołuje się na posiadanie specjalistycznego sprzętu, w tym koparki wyburzeniowej high reach z długim ramieniem, która ma gwarantować znaczące obniżenie kosztów, czy też dowodów w zakresie kosztów pracowniczych.

W przedmiocie kosztów pracy sprzętu, Odwołujący wskazał, że na wyjaśnieniu tego elementu zależało Zamawiającemu, czego dał wyraz w treści wezwania.

W zakresie kosztów pracowniczych Odwołujący podniósł, że szczegółowe wyjaśnienie tego elementu cenotwórczego spoczywało na Wykonawcy DEMCO z mocy samej ustawy, co wynika z art. 224 ust. 4 ustawy Pzp. Jak podał Odwołujący, ustawodawca

wyraźnie wskazał, że koszty zatrudnienia pracowników powinny zostać wyjaśnione i udowodnione przez wykonawcę robót budowlany wezwanego do złożenia wyjaśnień w zakresie rażąco niskiej ceny. Źródłem tej normy (art. 224 ust. 4 ustawy Pzp) są m.in. wytyczne Komisji Europejskiej nr C(2019) 5494 (dostępne na stronie: [https://eur-lex.europa.eu/legal-content/PL/TXT/?uri=CELEX:32019C05494](#)), które miały służyć zapobieganiu udzielania zamówień nieuczciwym wykonawcom, zatrudniającym osoby fizyczne

z naruszeniem przepisów prawa pracy i zabezpieczenia społecznego. Odwołujący wywiódł z powyższego, że kwestia przestrzegania praw pracowników jest w systemie zamówień publicznych uznawana za tak istotną, że nawet na szczeblu unijnym poświęca się im szczególne wytyczne. Jak wynika z treści tych wytycznych: „Decyzja może być oparta na jednym elemencie lub na połączeniu różnych czynników, m.in. na tym, czy przestrzegane są normy dotyczące pracy i środowiska oraz czy przyznano pomoc państwa, co prowadzi do ostatecznej oceny nabywcy publicznego. Zgodnie z art. 69 ust. 3 dyrektywy 2014/24/UE nabywcy publiczni mają obowiązek odrzucić ofertę, jeżeli stwierdzą, że oferowane rażąco niska cena lub rażąco niskie koszty wynikają z nieprzestrzegania przez oferenta bezwzględnie obowiązujących przepisów prawa unijnego lub krajowego, układów zbiorowych lub przepisów międzynarodowych w dziedzinie prawa socjalnego, prawa pracy lub prawa ochrony środowiska (art. 18 ust. 2 dyrektywy 2014/24/UE w związku z załącznikiem X do dyrektywy - zob. wcześniejsze odniesienie w sekcji 2 powyżej)” (Komunikat KE z dnia 24.7.2019 r., C(2019) 5494 - „Wytyczne dotyczące udziału oferentów z państw trzecich w unijnym rynku zamówień publicznych oraz wprowadzania na ten rynek towarów z państw trzecich”).

Odwołujący zwrócił uwagę, że Wykonawca DEMCO na potwierdzenie kosztów pracowniczych przedstawił jedynie wyjaśnienia, iż zamierza zatrudnić 10 pracowników, na okres czterech miesięcy za określoną kwotę. Wykonawca DEMCO nie podał jednak szczegółowych informacji odnośnie zatrudnionych osób (jakie będą pełniły funkcje lub jakie będą wykonywać zadania, na jakiej podstawie obliczył okres ich zaangażowania oraz ilość potrzebnych pracowników). Podanie kwoty wynagrodzenia, jednolitej dla wszystkich pracowników, bez względu na pełnione funkcje, Odwołujący ocenił za mało wiarygodne (wyrok Krajowej Izby Odwoławczej z dnia 8.09.2021 r., sygn. akt KIO 2031/21). Odwołujący stwierdził, że kalkulacja wynagrodzeń, aby mogła być uznana za wyczerpującą, powinna uwzględniać również dodatkowe koszty zatrudnienia tych osób, tj. kosztów urlopów, kosztów zastępstwa oraz kosztów pracy (wyrok Krajowej Izby Odwoławczej z dnia 25.11.2021 r., sygn. akt KIO 3231/21) oraz wszystkich kosztów pracodawcy wynikających z obowiązujących przepisów,

w szczególności dotyczących zabezpieczenia społecznego (wyrok Krajowej Izby Odwoławczej z dnia 21.07.2021 r., sygn. akt KIO 2030/21).

Zdaniem Odwołującego, w celu wykazania kosztów pracowniczych, Wykonawca DEMCO, jeżeli nie przedłożył szczegółowej kalkulacji, winien był złożyć na potwierdzenie ich wysokości jakikolwiek dowód. Przykładowo, za taki dowód uznaje się np. umowę o pracę lub zlecenie, bądź umowę przedwstępną, czy też zobowiązanie osób do realizacji danego zamówienia za określone wynagrodzenie (wyrok Krajowej Izby Odwoławczej z dnia 13 października 2017 r., sygn. akt KIO 2039/17).

Odwołujący stwierdził, że skoro złożona kalkulacja nie jest szczegółowa, jak też nie zostały złożone inne dowody potwierdzające wysokość kosztów pracowniczych, należy uznać, iż Wykonawca DEMCO nie dopełnił obowiązku określonego w art. 224 ust. 5 w zw. z art. 224 ust. 4 ustawy Pzp.

Jednocześnie, w ocenie Odwołującego, złożenie dowodów na potwierdzenie powyższych okoliczności nie było zadaniem niewykonalnym lub utrudnionym, czego przykładem jest sam Odwołujący, który również został wezwany do złożenia wyjaśnień w zakresie rażąco niskiej ceny i na potwierdzenie prawidłowości kalkulacji ceny ofertowej przedstawił szczegółowe założenia dotyczące obliczenia wynagrodzenia oraz dowody w postaci faktur zakupu, ofert, dowodów rejestracji maszyn, którymi ma zamiar posłużyć się do wykonania zamówienia.

Podsumowując, Odwołujący stoi na stanowisku, iż Wykonawca DEMCO złożył wyjaśnienia, które potwierdzają, że zaoferowana przez niego cena jest rażąco niska. Odwołujący stwierdził, że pomimo wyraźnego oczekiwania Zamawiającego, Wykonawca ten nie przedłożył żadnego dowodu na potwierdzenie okoliczności, na które się powołuje, a które mają potwierdzać oszczędność wykonania przez niego prac. Jednocześnie, zakładana przez niego możliwość

osiągnięcia zysku z odsprzedaży odpadów z rozbiórki nie znajduje pokrycia w rzeczywistości, ponieważ Wykonawca DEMCO nie posiada pozwolenia na przetworzenie odpadów. Tym samym, całość złożonych wyjaśnień jest niewiarygodna oraz nierzetelna.

II. Odnosząc się do wyjaśnień złożonych przez Wykonawcę M. Odwołujący wskazał:

W ocenie Odwołującego, złożone wyjaśnienia Wykonawcy M. także w żaden sposób nie wykazują, iż złożona przez Wykonawcę oferta nie zawiera rażąco niskiej ceny. W szczególności, zdaniem Odwołującego, wyjaśnienia Wykonawcy M. nie odpowiadają wezwaniu Zamawiającego, są ogólnikowe oraz nie zawierają wymaganych dowodów.

Odwołujący stwierdził, że:

- wyjaśnienia te są lakoniczne - Wykonawca odwołuje się do ogólnych czynników mających mieć wpływ na obniżenie ceny, takie jak jego doświadczenie, czy posiadanie sprzętu, podaje globalne kwoty poszczególnych kosztów, bez podania założeń do ich wyliczenia,
- do wyjaśnień Wykonawca M., wbrew jednoznacznej dyspozycji Zamawiającego, nie dołączył żadnych dowodów potwierdzających wysokość kosztów, na których wyjaśnieniu Zamawiającemu najbardziej zależało (jedyny „dowód” to zdjęcie z rozbiórki z innego obiektu, które jest zupełnie nieprzydatne z punktu widzenia oceny wyjaśnień),
- założenia kalkulacji Wykonawcy M., tj. sprzedaż materiałów pozyskanych z rozbiórki, które ma pozwolić Wykonawcy uzyskać przychód pokrywający koszty wykonania prac budowlanych, czy wykorzystanie posiadanego gruzu do przygotowania platformy dla koparki są niemożliwe do zrealizowania na warunkach zaprezentowanych w wyjaśnieniach - Wykonawca M. nie posiada decyzji na przetwarzanie odpadów na terenie inwestycji, co oznacza, że w tym zakresie będzie musiał ponieść koszt utylizacji gruzu, jak również zakupu kruszywa do budowy platformy, a kosztów tych nie wliczył w cenę ofertową.

Odwołujący podniósł ponadto, że:

- Wykonawca M. nie udowodnił, że okoliczności, na które się powołuje mają charakter wyjątkowy, niedostępny innym przedsiębiorcom obecnym na rynku: Wykonawca M. również powoływał się na dokonane przez siebie ustalenie, że w budynku objętym rozbiórką miałyby się znajdować niewiele odpadów podlegających utylizacji, co miałyby powodować obniżenie kosztów wykonania prac - okoliczność ta nie jest jednak wyjątkowo sprzyjająca tylko temu wykonawcy. Warunki obiektu poddawanego rozbiórce są jednakowe dla wszystkich uczestników postępowania, toteż fakt, iż miałyby się w nim znajdować niewiele materiałów wymagających kosztownej utylizacji, nie może być argumentem przemawiającym za takim zaniżeniem ceny,
- Wykonawca M. przedstawił niewiarygodne i nierzetelne wyjaśnienia, gdyż zakłada on poddawanie recyklingowi gruzu pozyskanego z rozbiórki, a następnie jego odsprzedaż, co ma gwarantować obniżenie kosztów wykonania zamówienia: podobnie jednak jak Wykonawca DEMCO, nie posiada on pozwolenia na przetwarzanie odpadów lub pozwolenia na wytworzenie odpadów obejmującego zezwolenie na ich przetwarzanie w miejscu prowadzenia prac - Łódź. Tym samym, Wykonawca M. nie może w sposób legalny zrealizować powyższego założenia. W przypadku utylizacji i przetworzenia gruzu w miejscu posiadanej decyzji, tj. w Grudziądzu Wykonawca M. musiałby wykazać dodatkowe koszty, tj. transport gruzu do Grudziądza - $234 \text{ km} \times 5 \text{ zł/km} = 1170,00 \text{ zł}$ - koszt

jednego kursu. Koszty całego transportu materiału kalkulowałyby się w sposób następujący $-470 \text{ kursów} \times 1170 \text{ zł} = 549 900,00 \text{ zł}$. Odwołujący stwierdził, że Wykonawca M. nie wykazując powyższych kosztów zaniżył swoją ofertę.

- Wykonawca M. nie dołączył żadnych dowodów na potwierdzenie okoliczności, na które się powołuje w wyjaśnieniach oraz na potwierdzenie wysokości kosztów, na których wyjaśnieniu Zamawiającemu szczególnie zależało. Biorąc pod uwagę treść wezwania Zamawiającego, Odwołujący uznał wyjaśnienia Wykonawcy M. za iluzoryczne. Odwołujący zaznaczył również, że Wykonawca M. nie wykazał wysokości kosztów pracowniczych, do których udowodnienia był zobowiązany na mocy samej ustawy, zgodnie z art. 224 ust. 5 w zw. z art. 224 ust. 4 ustawy Pzp.

Odwołujący wskazał, że w odniesieniu do powyższych kwestii, znajduje zastosowanie argumentacja przedstawiona powyżej.

Uzupełniająco w odniesieniu do wyjaśnień Wykonawcy M., Odwołujący zwrócił uwagę, że Wykonawca ten próbował wyjaśnić zaniżenie swojej ceny takimi czynnikami jak: posiadanie doświadczenia w prowadzeniu prac rozbiórkowych czy dysponowanie sprzętem wyburzeniowym. Odwołujący wskazał, że zgodnie z orzecznictwem KIO, doświadczenia wykonawcy nie uznaje się za czynnik uzasadniający skalkulowanie ceny na określonym poziomie. Okoliczność posiadania doświadczenia po pierwsze, nie ma większego znaczenia dla ustalenia, czy wykonawca zaferował cenę realistyczną i rynkową, a po drugie, nie jest również okolicznością wyjątkową, właściwą wyłącznie dla tego wykonawcy, pozwalającą mu na obniżenie ceny (tak m.in. w wyroku Krajowej Izby Odwoławczej z dnia 22 stycznia 2018 r., sygn. akt KIO 13/18).

Podobnie Odwołujący ocenił kolejny czynnik w postaci dysponowania sprzętem. Wskazał, że samo posiadanie sprzętu do wykonywania prac objętych zamówieniem nie jest niczym szczególnym, a wręcz wymaganym. Odwołujący zauważył, że taka okoliczność nie stanowi wyjątkowego, tylko dla danego wykonawcy, czynnika mającego wpływać na obniżenie ceny. Zdaniem Odwołującego, bez wskazania określonej kwoty oszczędności wywołanej posiadaniem sprzętu, nie można powoływać się na ten czynnik jako usprawiedliwiający skalkulowanie ceny na określonym poziomie.

Jak zauważył Odwołujący, Wykonawca M. zwracał uwagę w wyjaśnieniach, iż posiada określoną koparkę z odpowiednim zasięgiem pozwalającą na przeprowadzenie prac wyburzeniowych - jednak nie przedstawił na potwierdzenie żadnego dowodu (choćby dowodu rejestracyjnego, tak jak uczynił to Odwołujący). W konsekwencji, trudno uznać same oświadczenia Wykonawcy za wiarygodne.

W kontekście koparki, Odwołujący zwrócił uwagę, że Wykonawca zakłada przygotowanie platformy roboczej dla koparki przy użyciu własnego gruzu. Jednakże ze względu na fakt, iż Wykonawca nie posiada pozwolenia na przetwarzanie odpadów na terenie przedmiotowej inwestycji, nie może użyć nieprzetworzonego odpadu do budowy platformy- musi w tym zakresie dokonać zakupu kruszywa, aby zrealizować swoje założenie - kalkulacja ceny ofertowej nie uwzględnia jednak kosztu zakupu gruzu na te potrzeby.

W ocenie Odwołującego, zasadnicze wątpliwości budzą również wyjaśnienia Wykonawcy M. odnośnie kosztów pracowniczych oraz kosztów kierownika budowy. Wykonawca w zakresie kosztów pracowniczych ograniczył się wyłącznie do ogólnych deklaracji, iż stosuje wynagrodzenie zgodne obowiązującymi przepisami, jak również ponosi koszty zabezpieczenia społecznego. Podana jednak ilość roboczogodzin i stawka za godzinę pracy jest jednak, zdaniem Odwołującego, zbyt ogólna – Odwołujący wskazał, że Wykonawca M. nie podaje informacji ilu pracowników zamierza zatrudnić, jak również jakie funkcje i zadania będą pełnić. W opinii Odwołującego, w oparciu o tak ogólnikowe wyliczenia, Zamawiający nie był w stanie ustalić, czy koszty pracownicze zostały obliczone rzetelnie,

w szczególności, czy Wykonawca zamierza zaangażować odpowiednią ilość ludzi do wykonania prac.

W kontekście kosztów kierownika budowy Odwołujący podniósł, że Wykonawca M. wprost nie zastosował się do wezwania Zamawiającego, wymagającego ich podania -ograniczył się on bowiem do stwierdzenia, iż są to koszty znikome, pokrywane z zysku. Odwołujący uznał, że z uwagi na to, że możliwość osiągnięcia zysku przez Wykonawcę M. z tytułu odsprzedaży przetworzonych odpadów jest mocno wątpliwa, wyjaśnienia odnośnie kosztów kierownika budowy budzą uzasadnione wątpliwości. Niezależnie od powyższego, Odwołujący zauważył, że podania tego kosztu i uwzględnienia go w kalkulacji ceny ofertowej wymagał Zamawiający wprost z wezwaniu, jego udowodnienie nie jest niemożliwe, ani utrudnione, stąd oględna odpowiedź Wykonawcy M. nie powinna być uznana za wyczerpujące wyjaśnienie rażąco zaniżenia ceny.

Z powyższych względów, w ocenie Odwołującego, Zamawiający nie miał podstaw do uznania, iż Wykonawca M. wykonał obowiązki wynikające z art. 224 ust. 5 ustawy Pzp oraz wezwania Zamawiającego. Zdaniem Odwołującego, Wykonawca ten nie przedstawił wyczerpujących i wiarygodnych wyjaśnień, mających uzasadnienie zaniżenia ceny. Przywołane przez Wykonawcę czynniki gwarantujące oszczędność realizacji prac rozbiórkowych nie znajdują pokrycia w rzeczywistości (brak pozwolenia na przetworzenie odpadów pozwalającego na odsprzedaż gruzu pochodzącego z rozbiórki lub umożliwiającego wykorzystanie gruzu własnego do budowy platformy roboczej dla koparki)

lub w dowodach, których Wykonawca nie złożył (wszystkie koszty przywołane w wyjaśnieniach nie zostały potwierdzone jakimkolwiek dokumentem).

W konsekwencji, Odwołujący stwierdził, że oferty obu Wykonawców: DEMCO i M.ego, powinny zostać odrzucone ze względu na wystąpienie rażąco niskiej ceny.

Odwołujący przywołał orzecznictwo Krajowej Izby Odwoławczej: wyrok z dnia 17 września 2020 r., sygn. akt KIO 1856/20, wyrok z dnia 7 listopada 2017 r., sygn. akt KIO 2221/17, wyrok z 30 lipca 2020 r., sygn. akt KIO 1446/20, wyrok z 4 lutego 2020 r., sygn. akt KIO 110/20. Odwołujący stwierdził, że z przywołanego orzecznictwa wynika jednoznacznie, że wykonawca w toku wyjaśniania rażąco niskiej ceny zobowiązany jest w sposób wyczerpujący odnieść się do katalogu okoliczności, o których mowa w art. 224 ust. 3 ustawy Pzp oraz treści wezwania zamawiającego i wykazać (a zatem udowodnić), że proponowana cena została prawidłowo skalkulowana.

Jak podkreślił Odwołujący, ciężar dowodu tym bardziej spoczywał na Wykonawcach DEMCO i M., ponieważ Zamawiający wprost pouczył w wezwaniu, iż brak dowodów na potwierdzenie zaniżenia ceny będzie powodować negatywną ocenę wyjaśnień. Odwołujący zaznaczył, że pomimo tak jednoznacznego pouczenia, Wykonawcy nie złożyli żadnych (lub złożyli wyłącznie nieprzydatne) dowodów, zaś Zamawiający, wbrew uprzednio wyrażonej regule, uznał te wyjaśnienia za wyczerpujące. Odwołujący przywołał wypracowaną w orzecznictwie KIO zasadę, iż oceny wyjaśnień w zakresie rażąco niskiej ceny należy dokonywać z uwzględnieniem treści wezwania zamawiającego - im bardziej było ono szczegółowe, tym większy ciężar dowodu oraz wyczerpującego wyjaśnienia leży po stronie wykonawcy. W ocenie Odwołującego, w przedmiotowym postępowaniu, obaj Wykonawcy nie podotali temu ciężarowi, w odróżnieniu od Odwołującego, który w swoich wyjaśnieniach odniósł się do wszystkich czynników kosztotwórczych wymienionych w art. 224 ust. 3 ustawy Pzp oraz wymienionych przez Zamawiającego w wezwaniu, przedstawił spójną i szczegółową kalkulację, a ponadto, złożył dowody potwierdzające przywołane okoliczności.

Odwołujący podkreślił, że ze względu na precyzyjne wezwanie, wyjaśnień Wykonawców DEMCO i M. nie można potraktować jako prawidłowych, wyczerpujących oraz potwierdzających właściwe skalkulowani ceny. W takiej sytuacji, zdaniem Odwołującego, Zamawiający powinien dokonać odrzucenia ofert obu Wykonawców. Na poparcie swojego stanowiska Odwołujący przywołał orzecznictwo Krajowej Izby Odwoławczej: wyrok z dnia 20 września 2017 r., sygn. akt KIO 1874/17, wyrok z dnia 1 marca 2017 r., sygn. akt KIO 238/17, wyrok z dnia 1 marca 2017 r., sygn. akt KIO 238/17, wyrok z dnia 28 lipca 2017 r., sygn. akt KIO 1431/17, wyrok z dnia 16 marca 2021 r., sygn. akt KIO 293/21, KIO 296/21.

Odwołujący sformułował zarzut ewentualny zaniechania ponownego wezwania do wyjaśnień Wykonawców DEMCO i M. w przypadku, gdyby Izba uznała, że podstawy do takiego wezwania istnieją. Zdaniem Odwołującego, Zamawiający w oparciu o złożone wyjaśnienia Wykonawców DEMCO i M. nie mógł podjąć decyzji o wyborze najkorzystniejszej oferty i

powinien przynajmniej powziąć wątpliwości w zakresie wymienionych przez Odwołującego okoliczności, tj. braku posiadania przez obu Wykonawców pozwolenia na przetwarzanie odpadów umożliwiającego osiągnięcie oszczędności zgodnie z prezentowaną przez nich koncepcją wykonania zamówienia, braku przedłożenia dowodów potwierdzających posiadanie przez nich specjalistycznego sprzętu pozwalającego na obniżenie kosztów wykonania prac, braku udowodnienia kosztów pracowniczych, braku przedłożenia jakichkolwiek dowodów w zakresie wymaganych elementów cenotwórczych. W konsekwencji, w ocenie Odwołującego, Zamawiający powinien był przynajmniej wezwać Wykonawców do ponownego wyjaśnienia w zakresie rażąco niskiej ceny (aczkolwiek, zgodnie z generalną oceną Odwołującego, podstaw do ponownego wezwania nie było). Odwołujący stwierdził, że Zamawiający zaniechał tej czynności, arbitralnie uznając wyjaśnienia Wykonawców DEMCO i M. za prawidłowe, czym naruszył art. 16 i 17 ustawy Pzp.

Przystąpienia do postępowania odwoławczego zgłosili: po stronie Odwołującego Wykonawca AKPE Group Sp. z o.o. z siedzibą w Katowicach, po stronie Zamawiającego Wykonawcy DEMCO i M.

Zamawiający pismem z dnia 15 lutego 2023 r. złożył odpowiedź na odwołanie, w której oświadczył, że uwzględnił zarzuty podniesione w odwołaniu w zakresie wyboru oferty Wykonawcy DEMCO i wnioski co do unieważnienia czynności dokonania wyboru oferty najkorzystniejszej oferty oraz powtórzenia badania i oceny ofert, co, jak stwierdził Zamawiający, powinno zostać uznane za uwzględnienie odwołania w całości.

Wykonawca M. na posiedzeniu złożył pismo z dnia 17 lutego 2023 r. stanowiące sprzeciw wobec uwzględnienia przez Zamawiającego zarzutów.

Krajowa Izba Odwoławcza, po przeprowadzeniu rozprawy w przedmiotowej sprawie, na podstawie zebranego materiału dowodowego wskazanego w treści uzasadnienia, jak też po zapoznaniu się z oświadczeniami i stanowiskami stron i uczestników postępowania złożonymi pisemnie oraz ustnie do protokołu w toku rozprawy ustaliła i zważyła, co następuje.

Izba stwierdziła, że Odwołujący legitymuje się interesem we wniesieniu środka ochrony prawnej, o którym mowa w art. 505 ust. 1 ustawy Pzp. Zakres zarzutów, w sytuacji ich potwierdzenia się, wskazuje na pozbawienie Odwołującego możliwości uzyskania zamówienia i jego realizacji, narażając tym samym Odwołującego na poniesienie w tym zakresie wymiernej szkody.

Izba ustaliła, że przedmiotem zamówienia są roboty budowlane polegające na rozbiórce budynku należącego do Uniwersytetu Medycznego w Łodzi, położonego przy ul. Mazowieckiej 12/16 w formule „zaprojektuj i wybuduj”. Termin realizacji zamówienia wynosi 12 miesięcy od dnia podpisania umowy (pkt 4.1 SWZ).

Oferty w przedmiotowym postępowaniu złożyło 22 wykonawców:

- ITL M.K., M.C. Sp. j. - 1 692 480,00 zł brutto,
- DEMCO K.K. - 731 850,00 zł brutto,
- ZRW – P.F. - 639 600,00 zł brutto,
- DOMINEX Sp. z o.o. - 2 125 079,74 zł brutto,
- BAKAMAX Sp. z o.o. - 2 318 550,00 zł brutto,
- MUR Development Ł.S. - 1 104 540,00 zł brutto,
- M.K. - 861 000,00 zł brutto,
- PGW Polska Grupa Wyburzeniowa Sp. z o.o. - 1 062 720,00 zł brutto,
- TENEO P.G. - 959 400,00 zł brutto,
- MEGAKOP P.A. - 933 570,00 zł brutto,
- AKPE GROUP Sp. z o.o. - 1 414 500,00 zł brutto,
- Z.P. Firma Handlowo-Usługowa - 1 137 627,00 zł brutto,
- T.K.J. M. Sp. jawna - 750 890,40 zł brutto,
- ZWZ PIREK S.P. - 5 797 875,60 zł brutto,
- Konsorcjum: EUROTEC Sp. z o.o. i EUROTRC POLAND Sp. z o.o. - 2 042 722,50 zł

brutto,

- Demolition Group M.M. - 2 431 710,00 zł brutto,
- ENERGOKON-PLUS Sp. z o.o. - 2 334 540,00 zł brutto,

- TREE CAPITAL Sp. z o.o. - 813 760,62 zł brutto,
- SFW WYBURZENIA Sp. z o.o. - 1 598 877,00 zł brutto,
- Elektro-tim J.T. - 973 000,00 zł brutto,
- Glass Sp. z o.o. - 2 581 233,97 zł brutto,
- PPHU CLASSIC Sp. z o.o. - 1 220 160,00 zł brutto.

W dniu 20 grudnia 2022 r. Zamawiający działając na podstawie art. 224 ust. 1 ustawy Pzp skierował m.in. do Wykonawców DEMCO i M. wezwania do wyjaśnień rażąco niskiej ceny. Powołując się na dyspozycję art. 224 ust. 3 ustawy Pzp Zamawiający zwrócił się o wyjaśnienia w zakresie:

- 1) zarządzania procesem produkcji, świadczonych usług lub metody budowy;
- 2) wybranych rozwiązań technicznych, wyjątkowo korzystnych warunków dostaw, usług albo związanych z realizacją robót budowlanych;
- 3) oryginalności dostaw, usług lub robót budowlanych oferowanych przez wykonawcę;
- 4) zgodności z przepisami dotyczącymi kosztów pracy, których wartość przyjęta do ustalenia ceny nie może być niższa od minimalnego wynagrodzenia za pracę albo minimalnej stawki godzinowej, ustalonych na podstawie przepisów ustawy z dnia 10 października 2002 r. o minimalnym wynagrodzeniu za pracę (Dz. U. z 2018 r. poz. 2177) 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 wskazał, że zgodnie z art. 224 ust. 4 ustawy Pzp, w przypadku zamówień na roboty budowlane lub usługi, zamawiający jest obowiązany żądać wyjaśnień, o których mowa w art. 224 ust. 1 ustawy Pzp, co najmniej w zakresie określonym w ust. 3 pkt 4 i 6.

Zamawiający wskazał, że wyjaśnienia powinny być wyczerpujące, ujawniające najważniejsze składniki cenotwórcze wraz z kalkulacją ceny w zakresie:

- a) wykonania projektu;
- b) zabezpieczenia i oznakowania terenu rozbiórki;
- c) etapu rozbiórki wraz z określeniem składników cenotwórczych poszczególnych składowych (praca pracowników, koszty sprzętu, koszty wywozu gruzu itp.);
- d) wykonania zagospodarowania terenu zgodnie z PFU;
- e) kosztów pracy kierownika budowy;
- f) kosztów pracy geodety;
- g) innych kosztów mających wpływ na cenę.

Zamawiający zastrzegł, że w przypadku, gdy Wykonawca przedstawi kalkulację ceny ofertowej bez załączenia jakichkolwiek dowodów oraz obliczeń, Zamawiający uzna, że wyjaśnienia będą miały jedynie charakter iluzoryczny i nie będą stanowiły wyjaśnień elementów oferty, mających wpływ na wysokość ceny.

W złożonych wyjaśnieniach Wykonawca DEMCO wskazał, że przyjęta przez tego Wykonawcę technologia rozbiórki budynku przewiduje maksymalną segregację powstałych materiałów porozbiórkowych oraz maksymalne wykorzystanie ich w procesach recyklingu. Powyższe, jak stwierdził Wykonawca DEMCO, daje duże korzyści dla środowiska naturalnego oraz znacząco zmniejsza koszt rozbiórki. Jak wskazał Wykonawca, prawidłowo wyselekcjonowane i nie zanieczyszczone materiały posiadają dużą wartość i mogą zostać odsprzedane do powtórnego wykorzystania w budownictwie. Wykonawca DEMCO zauważył, że przedmiotowy budynek został już dokładnie oczyszczony w trakcie trwającego wcześniej remontu, co znacznie ułatwi wykonanie rozbiórki. Budynek nie posiada żadnych materiałów izolacyjnych, (których koszt utylizacji jest wysoki) poza pokryciem dachu papą, którą należy zutylizować. Jak zadeklarował Wykonawca DEMCO, wszystkie materiały, czyli gruz ceglany, gruz betonowy oraz stal zostaną poddane recyklingowi, bądź tak jak okna PCV, odzyskane w całości i odsprzedane do powtórnego wykorzystania. Zgodnie z oświadczeniem Wykonawcy, na wszystkie odzyskane i odsprzedawane materiały porozbiórkowe Wykonawca

przedstawi karty przekazania odpadu.

Wykonawca DEMCO przedstawił kalkulację sprzedaży złomu stalowego, pokruszonego gruzu ceglanego, pokruszonego gruzu betonowego oraz okien PCV, na dowód czego przedstawił przykładowe oferty.

Wykonawca DEMCO wyjaśnił ponadto, że aktywne prace rozbiórkowe planowane są przez okres około 3-4 miesięcy i takie też zostały uwzględnione koszty. Wykonawca przedstawił Zamawiającemu kalkulację kosztów, w które zawarł koszt przygotowania dokumentacji projektowej, wynagrodzenie kierownika budowy, wynagrodzenie geodety, koszt oznakowania ogrodzonego już terenu rozbiórki, koszt wykonania osłon przy sąsiednich budynkach, koszt monitoringu + interwencji agencji ochrony, koszt paliwa do agregatu prądotwórczego, toalety, koszt utylizacji papy. Wykonawca DEMCO wyjaśnił ponadto, że założył pracę 10 pracowników przez okres 4 miesięcy, oraz wskazał średnie wynagrodzenie brutto dla każdego z pracowników na poziomie 6000 zł. W ten sposób koszty pracownicze Wykonawca skalkulował na poziomie 240 000 zł.

Wykonawca zadeklarował, że posiada własny sprzęt, dzięki czemu ponosi tylko koszty eksploatacyjne (paliwa, serwis), które wycenił na ok. 30 000 zł. Według oświadczenia

Wykonawcy, posiada on sprzęt w postaci koparki wyburzeniowej high reach z długim ramieniem, koparki wyburzeniowej z nożycami kruszącymi, koparki wyburzeniowej wymiennie młot i łyżka, kruszarki. Wykonawca przedstawił Zamawiającemu zakładany czas pracy każdego z ww. urządzeń, oraz koszty paliwa, serwisu i transportu.

Wykonawca DEMCO podał, że nie ponosi kosztów transportu materiałów porozbiórkowych - transport jest po stronie odbiorców.

Wykonawca ten zadeklarował również poziom założonego zysku.

Po analizie wyjaśnień złożonych przez Wykonawcę DEMCO na wezwanie Zamawiającego, jak też argumentacji ww. Wykonawcy przedstawionej w zgłoszonym przystąpieniu do postępowania odwoławczego Izba stwierdziła, że brak jest podstaw, aby uznać, że złożone wyjaśnienia potwierdzają nierzetelność kalkulacji. Izba stwierdziła, że mimo iż wyjaśnienia nie są obszerne, to jednak odpowiadają na wszystkie pytania skierowane przez Zamawiającego, zawierają wskazanie najważniejszych składników cenotwórczych wraz z kalkulacją ceny w zakresie wskazanym przez Zamawiającego. Złożone wyjaśnienia w żaden sposób nie wskazują też na naruszenie przepisów o minimalnym wynagrodzeniu za pracę. Wykonawca DEMCO przedstawił też dowody w zakresie części poczynionej kalkulacji.

W ocenie Izby, złożone przez Wykonawcę DEMCO wyjaśnienia nie potwierdzają, że oferta zawiera rażąco niską cenę. Jednak w świetle argumentów przedstawionych przez Odwołującego, w szczególności w zakresie możliwości wykorzystania materiałów pozyskanych z rozbiórki czy ich sprzedaży, na której to koncepcji oparta została kwestionowana kalkulacja, Izba stwierdziła, że zasadne jest pozyskanie od Wykonawcy DEMCO dodatkowych wyjaśnień w zakresie kalkulacji ceny.

Wobec powyższego, Izba nie stwierdziła podstaw do odrzucenia oferty Wykonawcy DEMCO na obecnym etapie postępowania. Jednocześnie, Izba uznała, że zaistniały podstawy do wezwania Wykonawcy DEMCO do złożenia dodatkowych wyjaśnień na podstawie art. 224 ust. 1 ustawy Pzp.

Odpowiadając na wezwanie Zamawiającego do wyjaśnień rażąco niskiej ceny Wykonawca M. powołał się m.in. na ponad 20-letnie doświadczenie w branży wyburzeniowej, zastosowanie różnych metod wyburzeniowych, a także posiadanie zespołu wykwalifikowanych i doświadczonych pracowników.

Wykonawca M. zadeklarował, że posiada bardzo wydajny nowoczesny sprzęt wyburzeniowy np. koparki, ładowarki, podnośniki, dźwigi, kruszarki, samochody ciężarowe samowładowcze typu „Łódka” i „hakowce” oraz drobny sprzęt podręczny, co

w maksymalnym stopniu pozwala obniżyć koszty świadczonych usług oraz uniezależnić się od rynku.

Ponadto, Wykonawca podał, że właśnie zakończył prace rozbiórkowe w Łodzi przy ul. Lodowej - dawnego zakładu produkcyjnego ABB, gdzie rozbiórcie podlegał cały zakład produkcyjny wraz z wysokim budynkiem biurowym. Powyższe daje Wykonawcy pełne rozeznanie warunków lokalnych oraz pozwoliło miarodajnie, na podstawie doświadczeń, skalkulować rozbiórkę budynku należącego do Uniwersytetu Medycznego.

Wykonawca M. zwrócił uwagę, że przedmiotowy budynek byłego domu akademickiego praktycznie pozbawiony jest odpadów, co minimalizuje ilość roboczogodzin wymaganą do przygotowania budynku do rozbiórki.

Jak stwierdził Wykonawca M., oryginalność usług prowadzonych przez Wykonawcę polega na zapewnieniu bazy sprzętowej zapewniającej ciągłość prac. Wykonawca jest w posiadaniu kilkudziesięciu koparek gąsienicowych o tonażu przekraczającym 25 ton wyposażonych w precyzyjny osprzęt. Zapewnia to szybkie prowadzenie prac przy maksymalnej segregacji odpadów. Dodatkowo w obwodzie zapewniony jest sprzęt zapasowy, a Wykonawca posiada zatrudnionych na umowie o pracę brygadę mechaników pozwalających sprawnie reagować na awarie.

Według deklaracji Wykonawcy M., główną część rozbiórki Wykonawca planuje wykonać za pomocą własnej koparki CAT 365BL o wysięgu 34m.

Dodatkowo, jak wskazał Wykonawca M., posiada on w Łodzi kilka tysięcy ton gruzu wymaganego do wykonania platformy

roboczej, która zwiększy zasięg pracy tej maszyny oraz będzie stabilizowała podłoże.

Wykonawca M. oświadczył, że respektuje określone przepisami minimalne wynagrodzenie za pracę, a także że posiada pracowników zatrudnionych na podstawie umowy o pracę w wymiarze czasowym pełnego etatu.

W zakresie zgodności z przepisami dotyczącymi ochrony środowiska Wykonawca M. podał, że prowadzi działalność zgodnie z przepisami w zakresie Ochrony Środowiska, wpisany do Krajowej Bazy Danych o Produktach i Opakowaniach oraz o Gospodarce Odpadami zwanej „BDO” w zakresie wytwarzania, zbierania i transporcie odpadów.” Wykonawca, jako Wytwórca odpadów będzie postępować z odpadami w sposób zgodny z zasadami gospodarowania odpadami oraz wymogami ochrony środowiska. Wytworzone odpady zostaną posegregowane na odpowiednie frakcje, a następnie przekazane odpowiednim firmom do recyklingu. Część odpadów, których nie można poddać recyklingowi, zostanie oddana do utylizacji. Przekazanie odpadów nastąpi kartą Przekazania Odpadów wygenerowaną z systemu „BDO”. Wykonawca, jako przedsiębiorca, rozlicza się 19

corocznie

z wytworzonych podczas wykonywania prac rozbiórkowych odpadów w systemie „BDO”. Wykonawca zadeklarował, że na wezwanie Zamawiającego może przedłożyć kopie kart „KPO”.

Jak wyjaśnił Wykonawca M., planuje on wykonać pełen zakres robót siłami własnymi, a jedyne zlecenia do firm zewnętrznych zawierane będą na potrzeby utylizacji odpadów oraz wykonania projektu budowlanego rozbiórki.

Wykonawca M. przedstawił Zamawiającemu kalkulację kosztów wskazując koszt wykonania projektu budowlanego i uzyskania prawomocnego pozwolenia na rozbiórkę, koszt ochrony placu rozbiórki w godzinach nocnych, przygotowania platformy roboczej do koparki (przewozu gruzu z ul. Lodowej w Łodzi oraz rozplantowanie), koszt prac rozbiórkowych koparkami w rozbiciu na: koszty paliwa, roboczogodzin pracowników (3960 roboczogodzin x 45 zł/h), koszt przewozu maszyn, organizacji zaplecza budowy, koszt amortyzacji sprzętu. Wykonawca M. w przedstawionej kalkulacji zawarł też koszt utylizacji odpadów w ilości 18 ton, koszt zasypania niecki po budynku gruzem zmielonym, koszt zagospodarowania terenu poprzez nawiezenie ziemi urodzajnej i zasianie trawnika, a także koszt prac geodezyjnych.

Wykonawca oświadczył ponadto, że kierownikiem budowy będzie pracownik Wykonawcy, zatrudniony na podstawie umowy o pracę w formie pełnego etatu, posiadający uprawnienia budowlane do kierowania robotami budowlanymi w specjalności konstrukcyjno-budowlanej bez ograniczeń. Koszty pracy kierownika budowy w skali całego przedsięwzięcia Wykonawca uważa za znikomy i będzie on pomniejszał zysk Wykonawcy.

Wykonawca M. zaznaczył, że gruz pochodzący z rozbiórki nie powinien być traktowany jako koszt. Wyjaśnił, że przedmiotowy budynek wykonany jest w konstrukcji betonowej co oznacza, że gruz będzie czystym, wartościowym materiałem, który powinno się traktować jako przychód. W związku z faktem występowania ścian osłonowych z pustaków i cegieł różnego pochodzenia Wykonawca zdecydował się nie kalkulować gruzu w ujęciu globalnym jako koszt przychód – przychód z gruzu betonowego zrównoważy ewentualny koszt utylizacji gruzu ze ścian osłonowych.

Wykonawca podał również Zamawiającemu szacowany zysk ze sprzedaży złomu odzyskanego z rozbiórki. Do wyjaśnień Wykonawca dołączył dowód w postaci zdjęcia wykonanego w trakcie prac przy rozbiórce podobnego budynku w Łodzi.

Izba stwierdziła, że wyjaśnienia złożone przez Wykonawcę M. posiadają podobny poziom szczegółowości, jak wskazane powyżej wyjaśnienia Wykonawcy DEMCO. Analogicznie, Izba nie stwierdziła podstaw do przyjęcia, że złożone przez Wykonawcę M.

wyjaśnienia potwierdzają zaferowanie rażąco niskiej ceny. Izba uznała, że wyjaśnienia odpowiadają na wszystkie zagadnienia, jakich poruszenia wymagał Zamawiający, zawierają wskazanie najważniejszych składników cenotwórczych wraz z kalkulacją ceny w zakresie wskazanym przez Zamawiającego. Ponadto, przyjęta stawka za roboczogodzinę wskazuje na kalkulowanie kosztów pracy w zgodzie z przepisami o minimalnym wynagrodzeniu za pracę. W ocenie Izby, złożone przez Wykonawcę M. wyjaśnienia nie stanowią podstawy do odrzucenia oferty na podstawie art. 226 ust. 1 pkt 8 ustawy Pzp.

Podobnie, jak w przypadku wyjaśnień Wykonawcy DEMCO, również co do wyjaśnień złożonych przez Wykonawcę M. Izba uznała, po zapoznaniu się z argumentacją przedstawioną przez Odwołującego w zakresie możliwości wykorzystania materiałów pozyskanych z rozbiórki czy ich sprzedaży, że zasadne jest wezwanie Wykonawcy M. do złożenia dodatkowych wyjaśnień w zakresie kalkulacji ceny. Powyższe jest zasadne tym bardziej, że w przystąpieniu do postępowania odwoławczego Wykonawca ten wskazał, że gruz, jaki zamierzał przetransportować z ul. Lodowej w Łodzi do wykonania platformy roboczej został już sprzedany, w związku z czym na potrzeby wykonania platformy Wykonawca zakupi kruszywo wytworzone w gruzu, a po wykonanych robotach je sprzeda. Deklaracja ta modyfikuje nieco założenia przyjęte w kalkulacji ceny, co powinno podlegać wyjaśnieniu przez Zamawiającego. Wobec powyższego, Izba stwierdziła, że zaistniały podstawy do wezwania Wykonawcy M. do złożenia dodatkowych wyjaśnień na podstawie art. 224 ust. 1 ustawy Pzp.

Dodatkowo, uwagi wymaga, że ustawa Pzp nie definiuje, jaki rodzaj dowodów zobowiązany jest złożyć wykonawca wykazując realność zaferowanej ceny. W orzecznictwie utrwalony jest zaś pogląd, że w określonych okolicznościach, za dowód mogą być uznane wyjaśnienia złożone przez wykonawcę i zaprezentowana kalkulacja kosztów.

Dokonując oceny wyjaśnień złożonych przez Wykonawców DEMCO i M. Izba miała ponadto na uwadze, że wśród 22

ofert złożonych w przedmiotowym postępowaniu, część wykonawców, w tym Odwołujący, zaferowała ceny zbliżone do cen zaferowanych przez Wykonawców DEMCO i M., co może dodatkowo potwierdzać realność kalkulacji, pod warunkiem skutecznego wyjaśnienia możliwości zastosowania koncepcji wykorzystania bądź sprzedaży materiałów pozyskanych z rozbiórki.

Mając powyższe na uwadze, orzeczono jak w sentencji.

O kosztach postępowania odwoławczego orzeczono stosownie do jego wyniku na podstawie art. 557 i 575 ustawy Pzp oraz § 7 ust. 2 pkt 2 i ust. 3 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

(Dz. U. z 2020 r. poz. 2437, dalej jako „rozporządzenie”).

Zgodnie z art. 557 ustawy Pzp w wyroku oraz w postanowieniu kończącym postępowanie odwoławcze Izba rozstrzyga o kosztach postępowania odwoławczego, z kolei w myśl art. 575 ustawy Pzp strony oraz uczestnik postępowania odwoławczego wnoszący sprzeciw ponoszą koszty postępowania odwoławczego stosownie do jego wyniku. Zgodnie z § 5 rozporządzenia, do kosztów postępowania odwoławczego zalicza się m.in. wpis (pkt 1), oraz wynagrodzenie i wydatki jednego pełnomocnika, jednak nieprzekraczające łącznie kwoty 3 600 złotych (pkt 2 lit. b).

Jak stanowi § 7 ust. 2 pkt 2 rozporządzenia, w przypadku uwzględnienia odwołania przez Izbę w części, koszty ponoszą odwołujący i uczestnik postępowania odwoławczego wnoszący sprzeciw, który przystąpił po stronie zamawiającego, jeżeli uczestnik ten wniósł sprzeciw wobec uwzględnienia przez zamawiającego w całości zarzutów przedstawionych w odwołaniu. W takiej sytuacji Izba rozdziela wpis stosunkowo, zasądzając od uczestnika postępowania na rzecz odwołującego kwotę, której wysokość ustali obliczając proporcję liczby zarzutów przedstawionych w odwołaniu, które Izba uwzględniła, do liczby zarzutów, których Izba nie uwzględniła (§ 7 ust. 2 rozporządzenia).

W świetle powyższych regulacji, Izba rozdzieliła koszty postępowania stosunkowo, obliczając proporcję liczby zarzutów przedstawionych w odwołaniu, które Izba uwzględniła, do liczby zarzutów, których Izba nie uwzględniła. Odwołanie okazało się zasadne w stosunku 1/2 i bezzasadne w takiej samej części.

Kosztami postępowania obciążono zatem Odwołującego w części 1/2 i Wykonawcę M. w części 1/2. Na koszty postępowania odwoławczego składał się wpis uiszczony przez Odwołującego w wysokości 10 000 zł (zgodnie z § 5 pkt 1 rozporządzenia) oraz koszty poniesione przez Odwołującego z tytułu wynagrodzenia pełnomocnika w wysokości 3 600 zł (zgodnie z § 5 pkt 2 lit. b rozporządzenia) - łącznie 13 600 zł.

Odwołujący poniósł dotychczas koszty postępowania odwoławczego w wysokości 13 600 zł tytułem wpisu od odwołania oraz wynagrodzenia pełnomocnika, tymczasem odpowiadał za nie do wysokości 6 800 zł ($13\ 600 \times \frac{1}{2}$).

Różnica pomiędzy kosztami poniesionymi dotychczas przez Odwołującego a kosztami postępowania, za jakie odpowiadał w świetle jego wyniku, wynosiła zatem 6 800 zł. Różnicę tę Izba zasądziła od Wykonawcy M. na rzecz Odwołującego.

Przewodniczący: