

Sygn. akt: KIO 4971/24

WYROK

Warszawa, dnia 21 stycznia 2025 r.

Krajowa Izba Odwoławcza – w składzie:

Przewodnicząca: Emilia Garbala

Protokolant: Piotr Cegłowski

po rozpoznaniu na rozprawie w dniu 20 stycznia 2025 r. w Warszawie odwołania wniesionego do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej w dniu 27 grudnia 2024 r. przez wykonawcę **Open Mind sp. z o.o., ul. A.M. 30/1, 70-304 Szczecin**, w postępowaniu prowadzonym przez: **Polska Agencja Żeglugi Powietrznej, ul. Wieżowa 8, 02-147 Warszawa**, przy udziale uczestnika po stronie zamawiającego, tj. wykonawcy **Energokon-Plus sp. z o.o., ul. Mierosławskiego 3, 41-200 Sosnowiec**,

orzeka:

1. **uwzględnia odwołanie** w zakresie zarzutów dotyczących rażąco niskiej ceny i terminów podejmowania czynności przez zamawiającego i nakazuje zamawiającemu: unieważnienie czynności wyboru najkorzystniejszej oferty, odrzucenie oferty wykonawcy Energokon-Plus sp. z o.o. na podstawie art. 226 ust. 1 pkt 8 w zw. z art. 224 ust. 6 ustawy Prawo zamówień publicznych oraz powtórzenie czynności badania i oceny ofert,
2. **oddala odwołanie** w pozostałym zakresie,
2. kosztami postępowania obciąża uczestnika wnoszącego sprzeciw w części 2/3 oraz odwołującego w części 1/3, i:
 - 2.1. zalicza w poczet kosztów postępowania odwoławczego kwotę 10 000 zł 00 gr (słownie: dziesięć tysięcy złotych zero groszy) uiszczoną przez odwołującego tytułem wpisu od odwołania, kwotę 3 600 zł 00 gr (słownie: trzy tysiące sześćset złotych zero groszy) tytułem wynagrodzenia pełnomocnika odwołującego oraz kwotę 3 600 zł 00 gr (słownie: trzy tysiące sześćset złotych zero groszy) tytułem wynagrodzenia pełnomocnika uczestnika wnoszącego sprzeciw,
 - 2.2. zasądza od uczestnika wnoszącego sprzeciw na rzecz odwołującego kwotę 7 867 zł 00 gr (słownie: siedem tysięcy osiemset sześćdziesiąt siedem złotych zero groszy) stanowiącą należną część kosztów postępowania odwoławczego poniesionych przez odwołującego.

Na orzeczenie - w terminie 14 dni od dnia jego doręczenia - przysługuje skarga za pośrednictwem Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej do Sądu Okręgowego w Warszawie - sądu zamówień publicznych.

Przewodnicząca:.....

Sygn. akt: KIO 4971/24

UZASADNIENIE

Zamawiający – Polska Agencja Żeglugi Powietrznej, ul. Wieżowa 8, 02-147 Warszawa, prowadzi w trybie podstawowym bez negocjacji, postępowanie o udzielenie zamówienia publicznego pn. „Likwidacja Radaru Wtórno INDRA Wrocław typ IRS:20MPL + Shelter pow. 29,10 (SI-109071)”, numer referencyjny: 225/PAŻP/2024/AZP. Ogłoszenie o zamówieniu zostało opublikowane w Biuletynie Zamówień Publicznych w dniu 23.09.2024 r., nr 2024/BZP 00512365/01.

W dniu 27.12.2024 r. do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej wpłynęło odwołanie wykonawcy Open Mind sp. z o.o., ul. A.M. 30/1, 70-304 Szczecin (dalej: „Odwołujący”), w którym Odwołujący zarzucił Zamawiającemu naruszenie:

- 1) art. 224 ust. 6 oraz art. 226 ust. 1 pkt 3 i 8 w zw. z art. 224 ustawy Prawo zamówień publicznych (t.j. Dz.U. z 2024 r. poz. 1320), zwanej dalej: „ustawą Pzp”, poprzez brak odrzucenia oferty wykonawcy Energokon-Plus sp. z o.o., pomimo tego, że w treści wyjaśnień z dnia 18.10.2024 r. złożonych przez wykonawcę w trybie art. 224 ustawy Pzp nie wykazał on, aby jego oferta nie nosiła znamion rażąco niskiej ceny i nie podlegała przez to odrzuceniu, jak i nie wykazał, że jest ona zgodna z prawem. Cena zaproponowana przez wykonawcę stanowi niespełna 48% kwoty, jaką Zamawiający zamierza przeznaczyć na realizację zamówienia, co już wskazuje na to, że jest ona niezwykle niska (szczególnie w porównaniu do oferty innych wykonawców złożonych w toku postępowania), a co więcej w swoich wyjaśnieniach wykonawca posłużył się jedynie uproszczonym zestawieniem kosztów (w odróżnieniu do Odwołującego, który w swoich wyjaśnieniach przedłożył kosztorys szczegółowy), w którym nie zawarł szeregu prac budowlanych, jakie konieczne są do wykonania w ramach zamówienia, a niezależnie od tego przedstawił nieprawdopodobne koszty sprzętu czy też „robocizny”, które są rażąco zaniżone biorąc pod uwagę przedmiot zamówienia i jego charakterystykę, a co więcej koszty pracowników zatrudnionych przy realizacji zamówienia w rzeczywistości są niezgodne z prawem,
- 2) art. 74 ust. 1 i 2 w zw. z art. 16 w zw. z art. 18 w zw. z art. 515 ust. 1 pkt 2 lit. a) ustawy Pzp, poprzez takie

podejmowanie czynności przez Zamawiającego w toku postępowania, które prowadzi do bezpośredniego naruszenia podstawowych zasad związanych z istotą zamówień publicznych, w tym w szczególności przygotowania i prowadzenia postępowania w sposób zapewniający zachowanie uczciwej konkurencji oraz równe traktowanie wykonawców, przejrzystości czy też proporcjonalności, co narusza także zasadę jawności postępowania opartego na przepisach ustawy Prawo zamówień publicznych, albowiem Zamawiający swoją decyzję dotyczącą wyboru najkorzystniejszej oferty opublikował 20.12.2024 r. tj. w piątek - o godzinie 18:44, zaś załączniki do protokołu zamówienia tj. kopie ofert złożonych w toku postępowania oraz korespondencję (w tym kluczową dotyczącą wyjaśnień dotyczących rażąco niskiej ceny ofert) zostały udostępnione wykonawcy dopiero dnia 23.12.2024 r. o godzinie 21:54. Co więcej, zgodnie z dokumentacją postępowania wszystkie wyjaśnienia wykonawców w zakresie rażąco niskiej ceny wpłynęły do Zamawiającego 21.10.2024 r. Powyższe powoduje, iż rozstrzygnięcie postępowania poprzez wybór najkorzystniejszej oferty bezpośrednio przed okresem świątecznym (pomimo, iż wszystkie dokumenty potrzebne do niego Zamawiający posiadał od dwóch miesięcy), a następnie publikowanie, bądź przekazywanie informacji koniecznych do terminowego złożenia właściwego odwołania o takich, a nie innych porach, co spowodowało, iż Odwołujący wszedł w posiadanie odpowiednich dokumentów de facto dopiero dnia 24 grudnia 2024 r. (tj. w dzień wigilii), w sytuacji, w której termin na złożenie odwołania upływa dnia 27.12.2024 r. gdzie dni bezpośrednio poprzedzające powyższy termin zawity - były wolne od pracy i dodatkowo stanowią tradycyjnie najważniejsze święto rodzinne w Polsce. Powyższe w ocenie Odwołującego wskazuje na rażące naruszenie wskazanych przepisów ustawy Prawo zamówień publicznych, a dodatkowo mając na uwadze kwestie dotyczące rażąco niskiej ceny oferty zaproponowanej przez wykonawcę Energokon-Plus sp. z o.o. budzi dalej idące wątpliwości Odwołującego co do właściwego przeprowadzenia postępowania przetargowego przez Zamawiającego i realną analizę wyjaśnień złożonych przez tegoż wykonawcę,

3)art. 239 ustawy Pzp poprzez jego zastosowanie, a w konsekwencji - wybór oferty wykonawcy Energokon-Plus sp. z o.o. jako najkorzystniejszej w sytuacji, w której oferta tego wykonawcy winna zostać odrzucona.

W związku z tym Odwołujący wniósł o nakazanie Zamawiającemu:

- 1)unieważnienia czynności wyboru oferty wykonawcy Energokon-Plus sp. z o.o. jako najkorzystniejszej,
- 2)powtórzenia czynności badania ofert, a w następstwie tego odrzucenia oferty wykonawcy Energokon-Plus sp. z o.o. wobec faktu podlegania odrzuceniu jako zawierającej rażąco niską cenę oraz jako niezgodnej z prawem,
- 3)dokonania ponownego wyboru oferty najkorzystniejszej.

Pismem z dnia 02.01.2025 r. wykonawca Energokon-Plus sp. z o.o., ul. Mierosławskiego 3, 41-200 Sosnowiec (dalej: „Przystępujący”) zgłosił przystąpienie do postępowania odwoławczego po stronie Zamawiającego. Izba stwierdziła, że przystąpienie zostało dokonane skutecznie.

W dniu 16.01.2025 r. Zamawiający poinformował, że uwzględni odwołanie w całości. W tym samym dniu Przystępujący zgłosił sprzeciw wobec uwzględnienia odwołania i przedstawił swoją argumentację.

W trakcie rozprawy Strony i Przystępujący podtrzymali swoje stanowiska w sprawie.

Krajowa Izba Odwoławcza ustaliła następujący stan faktyczny.

Przedmiotem zamówienia jest likwidacja Radaru Wtórny INDRA Wrocław typ IRS-20MPL + Shelter pow.29,10 (S1-109071) na terenie Portu Lotniczego Wrocław.

W pkt XVI.1. specyfikacji warunków zamówienia Zamawiający wskazał, że cena oferty winna obejmować wszelkie koszty (bezpośrednie i pośrednie) wykonania całego przedmiotu zamówienia przedstawionego przez Zamawiającego w niniejszej SWZ, wszelkie podatki, jak również wszystkie inne koszty o jakimkolwiek charakterze, które mogą powstać w związku z realizacją przedmiotu zamówienia.

Zamawiający ustalił wartość szacunkową zamówienia na 470.048,20 zł netto, co stanowi 578.159,28 zł brutto. Średnia arytmetyczna ofert wynosi 763.458,02 zł brutto. Przystępujący złożył najtańszą ofertę z ceną 239.850,00 zł brutto, co stanowi ok. 41% wartości szacunkowej powiększonej o podatek VAT oraz ok. 31% średniej arytmetycznej cen ofert.

W dniu 16.10.2024 r. Zamawiający na podstawie art. 224 ust. 1 i ust. 2 pkt 1 ustawy Pzp wezwał Przystępującego do złożenia wyjaśnień co do ceny jego oferty. W uzasadnieniu Zamawiający wymienił okoliczności z art. 224 ust. 3 ustawy Pzp, podkreślił konieczność złożenia wyjaśnień w zakresie art. 224 ust. 3 pkt 4 i 6 ustawy Pzp i dodał:

„Zamawiający zwraca się o przesłanie szczegółowych, kompletnych wyliczeń zaoferowanej ceny brutto, zawierające m.in. informacje o poziomie nałożonej marży oraz informacje o poziomie kosztów związanych z wykonaniem zamówienia / robót, tj.: kalkulacja (np. kosztorys szczegółowy) powinna obejmować wszystkie istotne koszty realizacji zamówienia w tym etap przygotowania projektu, uzyskania wymaganych pozwoleń, etap realizacji robót oraz wskazać czynniki, które pozwoliły na obniżenie poziomu kosztów realizacji zamówienia, a tym samym zaoferowanie niskiej ceny. Dotyczy to źródła oszczędności wynikające np. ze sposobu organizacji pracy, stosowania rozwiązań technicznych

zwiększających wydajność, niskich kosztów pracy czy sprzyjających warunków realizacji. Zamawiający podkreśla, że nie wystarczy wskazanie samych czynników, należy uzasadnić w jaki sposób i w jakim stopniu ich istnienie przekłada się na obniżenie kosztów wykonania zamówienia.

W szczególności Zamawiający prosi o wyjaśnienie w zakresie przyjętych kosztów pracy – wyjaśnienia Wykonawcy powinny być na tyle szczegółowe aby pozwalały na ocenę jakiego poziomu wynagrodzenia przyjęto do kalkulacji ceny oferty oraz czy poziom ten pozostaje w zgodności z przepisami dotyczącymi kosztów pracy, w tym informacji o ilości pracowników przewidzianych do realizacji zamówienia.

Zamawiający wymaga złożenia dowodów na potwierdzenie kalkulacji cenowej/wyjaśnień. Jako dowody mogą być załączone np. rozliczenia z podmiotami trzecimi, wstępne zamówienia pod to konkretne zamówienie, czy faktury i umowy z dotychczasowych transakcji, dokumenty związane z kosztami pracy (umowy, ZUS, zanonimizowana lista płac), kosztami pracy biura, kosztami dojazdu / delegacji pracowników, kosztami zakupu materiałów budowlanych, zakupu usług oraz zaświadczenia, poświadczenia i informacje wytworzone przez podmioty niezależne od Wykonawcy."

Przystępujący złożył wyjaśnienia wraz z dowodami.

Pismem z dnia 20.12.2024 r. Zamawiający poinformował o wyborze jako najkorzystniejszej oferty Przystępującego.

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

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

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

Zgodnie z art. 224 ust. 1, ust. 2 pkt 1, ust. 5 i ust. 6 ustawy Pzp:

1. Jeżeli zaoferowana cena lub koszt, lub ich istotne części składowe, wydają się rażąco niskie w stosunku do przedmiotu zamówienia lub budzą wątpliwości zamawiającego co do możliwości wykonania przedmiotu zamówienia zgodnie z wymaganiami określonymi w dokumentach zamówienia lub wynikającymi z odrębnych przepisów, zamawiający żąda od wykonawcy wyjaśnień, w tym złożenia dowodów w zakresie wyliczenia ceny lub kosztu, lub ich istotnych części składowych.

2. W przypadku gdy cena całkowita oferty złożonej w terminie jest niższa o co najmniej 30% od:

1) wartości zamówienia powiększonej o należny podatek od towarów i usług, ustalonej przed wszczęciem postępowania lub średniej arytmetycznej cen wszystkich złożonych ofert niepodlegających odrzuceniu na podstawie art. 226 ust. 1 pkt 1 i 10, zamawiający zwraca się o udzielenie wyjaśnień, o których mowa w ust. 1, chyba że rozbieżność wynika z okoliczności oczywistych, które nie wymagają wyjaśnienia;

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

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

Zgodnie z art. 226 ust. 1 pkt 3 i pkt 8 ustawy Pzp, zamawiający odrzuca ofertę, jeżeli:

3) jest niezgodna z przepisami ustawy,

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

W pierwszej kolejności należy zauważyć, że w niniejszym postępowaniu Zamawiający skierował do Przystępującego wezwanie, w którym jasno wskazał, że oczekuje złożenia szczegółowych i kompletnych wyliczeń zaoferowanej ceny, wymienił kwestie, które w szczególności powinny być w tych wyliczeniach przedstawione, wskazał, że oczekuje podania źródła oszczędności wraz z uzasadnieniem, w jaki sposób i w jakim stopniu przekładają się one na obniżenie kosztów wykonania zamówienia oraz że oczekuje złożenia dowodów potwierdzających treść wyjaśnień, np. dokumentów związanych z kosztami czy kosztami dojazdu / delegacji pracowników.

Przystępujący złożył wyjaśnienia i dowody, które Izba w świetle zarzutów postawionych w odwołaniu oceniała następująco:

1) Zarzut dotyczący braku przedstawienia kalkulacji w postaci kosztorysu szczegółowego – Izba zwróciła uwagę, że w wezwaniu do złożenia wyjaśnień Zamawiający żądał złożenia kalkulacji, ale jedynie jako przykład wskazał, że mogłaby ona być złożona w postaci kosztorysu szczegółowego. Izba dostrzega przy tym, że Zamawiający żądał przedstawienia szczegółowych i kompletnych wyliczeń ceny, niemniej jednak sam zarzut odnoszący się do formy złożenia kalkulacji, czyli braku złożenia kosztorysu szczegółowego, nie może zostać uznany za zasadny, skoro

Zamawiający tej formy nie narzucił, a jedynie wskazał ją jako przykład.

2) Zarzut dotyczący braku uwzględnienia w wycenie kosztów demontażu trafostacji, demontażu obiektów kontenerowych, demontażu opraw, wysięgników rurowych i słupów oświetleniowych – wskazane prace zostały przewidziane przez Zamawiającego na str. 2 OPZ i rzeczywiście nie zostały wprost wskazane w kalkulacji czyli w zestawieniu tabelarycznym Przystępującego. Przystępujący na rozprawie stwierdził jednocześnie, że zostały one wycenione:

- w poz. 2 – robocizna,
- w poz. 3 – praca koparki,
- w poz. 4 – praca dźwigu,
- w poz. 6 – wywóz i utylizacja śmieci,
- w poz. 9 – załadunek, transport i rozładunek złomu.

Ponownie należy przypomnieć, że Zamawiający żądał złożenia szczegółowych i kompletnych wyliczeń ceny. Nawet jeśli kalkulacja Przystępującego formalnie nie musiała być złożona w postaci kosztorysu szczegółowego, nie zmienia to faktu, że musiała być złożona w takiej formie, aby wszystkie istotne koszty realizacji zamówienia były w niej w sposób widoczny ujęte. Tylko wówczas można bowiem twierdzić, że kalkulacja taka jest szczegółowa i kompletna. Nie ulega wątpliwości, że demontaż ww. elementów jest istotną częścią realizacji zamówienia, bo przecież przedmiotem tego zamówienia jest likwidacja radaru, zatem wszystkie prace rozbiórkowe, w tym właśnie demontaż tych elementów, stanowią istotę niniejszego zamówienia. Oznacza to, że koszty tego demontażu powinny być przedstawione w kalkulacji w taki sposób, aby nie było wątpliwości, że zostały w niej ujęte i właściwie wycenione. Tymczasem w zestawieniu tabelarycznym Przystępującego przedstawionym jako kalkulacja ceny, demontaż ww. elementów w ogóle się nie pojawia, natomiast obecne twierdzenia Przystępującego o jego wycenie we wskazanych pozycjach, nie mogą być w żaden sposób zweryfikowane. Twierdzenia te zatem nie mogą stanowić dowodu, że ww. prace demontażowe rzeczywiście zostały wycenione, nie wiadomo zresztą, jak zostały wycenione, co prowadzi do wniosku, że wyjaśnienia i kalkulacja nie zostały w tym zakresie złożone w sposób szczegółowy i kompletny. Dlatego Izba uznała zarzut w tym zakresie za zasadny.

3) Zarzut dotyczący przyjęcia przez Przystępującego mniejszej liczby roboczogodzin niż wynika to w przedmiarze – nie jest sporne między Odwołującym i Przystępującym, że w przedmiarze przyjęto 2466,88 rbh, podczas gdy Przystępujący przyjął w wyjaśnieniach 320 rbh. Przystępujący w piśmie procesowym i na rozprawie stwierdził, że ilość rbh przyjęta w przedmiarze jest całkowicie nieadekwatna do niniejszego zamówienia i wynika z tego, że normy wg których sporządza się kosztorysy bardziej przystają do prac wykonawczych niż do prac rozbiórkowych. Ponadto Przystępujący podkreślał pomocniczy charakter przedmiaru w tym postępowaniu. Izba rozumie, że przedmiar nie był dokumentem, na którym trzeba było obligatoryjnie oprzeć wyliczenia ceny, niemniej jednak biorąc pod uwagę prawie 8-krotną różnicę między liczbą roboczogodzin przyjętą przez Zamawiającego i przez Przystępującego, należało wyjaśnić, skąd ta różnica wynika, dlaczego Przystępujący uznał wyliczenia zawarte w przedmiarze za nieprawidłowe, na czym oparł własne wyliczenia w tym zakresie, czyli w jaki sposób doszedł do tego, że liczba 320 rbh będzie właściwa do realizacji niniejszego zamówienia. Ponownie należy w tym miejscu przypomnieć obowiązek złożenia na wezwanie Zamawiającego szczegółowych i kompletnych kalkulacji, jak też obowiązek podania źródła uzyskanych oszczędności wraz z uzasadnieniem. Tymczasem w kalkulacji Przystępującego ilość 320 rbh - prawie 8 razy mniejsza od liczby wynikającej z przedmiaru (nawet pomocniczego) pojawia się nie wiadomo skąd i w żaden sposób nie zostało wyjaśnione, dlaczego została przyjęta w kalkulacji i dlaczego jest prawidłowa.

Nie można się przy tym zgodzić z Przystępującym, że kwestia ta została wyjaśniona we fragmencie wyjaśnień: *„W specyfikacji warunków zamówienia Zamawiający nie nakazał sporządzania szczegółowego kosztorysu. Jest również oczywiste, że sporządzenie takiego kosztorysu w oparciu o metodykę KNR prowadziłoby do niekorzystnych dla Zamawiającego skutków, tj. poważnego zwiększenia kosztów wykonania zamówienia na skutek ograniczenia mechanicznej rozbiórki obiektów budowlanych na rzecz prac ręcznych, co byłoby istotnym anachronizmem w świetle poziomu rozwoju współczesnej technologii rozbiórkowej. Istnieje różnica w metodologii kalkulowania ceny jednostkowej wg SWZ a kosztorysowym sposobem kalkulowania ceny jednostkowej metodologią wyceny wg KNR. Dlatego kalkulując cenę oferty uwzględniliśmy możliwość optymalizacji kosztów wykonania zamówienia, poprzez zastąpienie prac ręcznych z udziałem ludzi na rzecz mechanicznej rozbiórki obiektów budowlanych z udziałem specjalistycznego sprzętu. Powyższe założenia potwierdzają oryginalność procesu realizacji robót rozbiórkowych w stosunku do założeń wynikających z przedmiarów załączonych do SWZ. W przytoczonym fragmencie w ogóle nie ma mowy o ilości przyjętych w kalkulacji roboczogodzin, a kwestia nieadekwatności kalkulowania ceny w oparciu o KNR została poruszona jedynie w zakresie dotyczącym zastosowania maszyn zamiast prac ręcznych. Nie można więc uznać, że ww. fragment stanowił jakiekolwiek wyjaśnienie przyjęcia w kalkulacji 320 rbh.*

Dlatego Izba uznała zarzut w tym zakresie za zasadny.

4) Zarzut dotyczący przyjęcia przez podwykonawcę Przystępującego za niskiej stawki za 1 rbh – w pierwszej kolejności należy zauważyć, że skoro Przystępujący zamierza powierzyć część prac podwykonawcy, to bierze też odpowiedzialność za prawidłowość dokonanej przez niego wyceny, w tym wypadku – wyceny 1 rbh. Podwykonawca „DONAG” A.W. wskazała w swojej ofercie stawkę 35 zł/godzinę brutto za podwykonawstwo prac rozbiórkowych i porządkowych i taką samą stawkę wskazał Przystępujący w swojej kalkulacji doliczając do niej 9,16 zł kosztów pracodawcy.

W tym miejscu należy zauważyć, że zarzut zawarty w odwołaniu odnosił się do braku uwzględnienia w ww. stawce kosztów pracodawcy, takich jak: składki na ubezpieczenie emerytalne, rentowe, wypadkowe, Fundusz Pracy i Fundusz Gwarantowanych Świadczeń Pracowniczych. Tymczasem z poz. 2 kalkulacji Przystępującego wynika, że koszty te zostały uwzględnione jako „9,16 zł k.p.” (zgodnie z pkt 10 wyjaśnień ten skrót oznaczał koszty pracodawcy). Ponadto w piśmie procesowym Przystępujący przedstawił wyliczenie, z którego również wynika, że przyjęta stawka 35 zł brutto jest nawet wyższa niż stawka brutto uwzględniająca także koszty pracodawcy. Dlatego zarzut w tym zakresie nie został uznany za zasadny.

5) Zarzut dotyczący nieuwzględnienia przez podwykonawcę Przystępującego w stawce za 1 rbh kosztów pośrednich pracownika - w pierwszej kolejności Izba podtrzymuje, że skoro Przystępujący zamierza powierzyć część prac podwykonawcy, to bierze też odpowiedzialność za prawidłowość dokonanej przez niego wyceny. Odwołujący zwrócił uwagę, że podwykonawca „DONAG” A.W. ma siedzibę w Radomiu, co oznacza kilkusetkilometrową odległość od miejsca realizacji inwestycji (Wrocław) oraz konieczność ponoszenia kosztów delegacji pracowników, które nie zostały wykazane w kalkulacji przez Przystępującego. Rzeczywiście w kalkulacji koszty takie nie zostały wycenione, przy czym nie można się zgodzić z Przystępującym, że wycenił je jako koszty dojazdów. Czym innym są bowiem koszty dojazdu, a czym innym koszty delegacji w rozumieniu prawa pracy i te ostatnie nie zostały w kalkulacji przedstawione mimo zamiaru korzystania z pracowników podwykonawcy znajdującego się w Radomiu. Dlatego Izba uznała zarzut w tym zakresie za zasadny.

Odnosząc się natomiast do braku uwzględnienia w stawce za 1 rbh kosztów takich jak hotel czy możliwość wstrzymania robót przez Zamawiającego na maks. 5 dni (§ 2 ust. 6 projektu umowy), należy zauważyć, że kwestie te nie były wskazywane przez Odwołującego w ramach zarzutu dotyczącego zaniżenia stawki za 1 rbh przez podwykonawcę. Odwołujący podniósł je dopiero na rozprawie. Tymczasem zgodnie z art. 555 ustawy Pzp Izba nie może orzekać co do zarzutów, które nie były zawarte w odwołaniu. Przy czym zakres zarzutu w postępowaniu odwoławczym przed Izbą jest określony nie tylko przez wskazanie podstawy prawnej, ale przede wszystkim przez wskazanie okoliczności faktycznych (argumentów), z których ten zarzut wynika. Jak już wyżej wskazano, podnosząc zarzut zaniżenia stawki za 1 rbh przez podwykonawcę Odwołujący nie podnosił w odwołaniu kwestii braku ujęcia w niej kosztów hoteli czy możliwości wstrzymania robót przez Zamawiającego. Skoro zatem kwestie te (czyli zarzuty) nie zostały zawarte w odwołaniu, nie mogły być rozpoznane przez Izbę w świetle art. 555 ustawy Pzp. Stąd też Izba pominęła je przy rozpoznaniu zarzutu dotyczącego stawki za 1 rbh przyjętej przez podwykonawcę Przystępującego.

6) Zarzut dotyczący konieczności wykonania zamówienia przy pomocy wykwalifikowanych pracowników - Odwołujący podniósł, że z uwagi m.in. na wysokość rozbieranego obiektu (ok. 25 m) niemożliwe jest wykonanie zamówienia z wykorzystaniem tylko koparki, dźwigu i zwyżki, ale niezbędni są też co najmniej dwaj wykwalifikowani „hakowi”, którzy nie wykonują swojej pracy za wynagrodzenie minimalne. Przystępujący nie wykazał w kalkulacji kosztów pracy takich osób, a w efekcie nie wykazał czynników, które generują jego oszczędności, bo samo korzystanie z koparki przez 20 dni oraz z dźwigu i zwyżki przez 2 dni nie pozwoli na właściwe wykonanie zamówienia w założonym czasie 20 dni i nie pozwoli na ograniczenie kosztów robocizny. Przystępujący przyznał, że konieczne jest zatrudnienie takich osób i stwierdził, że jego pracownicy i pracownicy jego podwykonawców posiadają stosowne uprawnienia i wykonują takie prace. Izba podzieliła stanowisko Odwołującego, że Przystępujący nie wykazał w wyjaśnieniach pracy osób wykonujących te specjalistyczne zadania i przede wszystkim nie wykazał tych prac w kalkulacji. Nawet jeśli taka odrębna, uwzględniająca wyższe wynagrodzenie wycena nie była uwidoczniona, bo pracownicy Przystępującego wykonują te prace „przy okazji” (choć taka argumentacja nawet nie została wyrażona przez Przystępującego wprost), to w takim razie Przystępujący powinien wykazać pracę w charakterze „hakowych” za wynagrodzenie otrzymywane na innym „zwykłym” stanowisku jako źródło oszczędności i wykazać, w jaki sposób i w jakim stopniu przekłada się to na obniżenie kosztów wykonania zamówienia. Ponownie kalkulacji Przystępującego nie można uznać za szczegółową, kompletną i uzasadniającą ewentualne źródła oszczędności, skoro żadnej wyceny w tym zakresie nie zawierała. Dlatego Izba uznała zarzut w tym zakresie za zasadny.

Izba pominęła natomiast kwestię podniesioną przez Odwołującego dopiero na rozprawie, a dotyczącą braku wyceny pracy sygnalisty potrzebnego przy pracy operatora żurawia. Skoro kwestia ta (zarzut) nie była zawarta w odwołaniu, to jak wskazano już wyżej, zgodnie z art. 555 ustawy Pzp, nie podlega ona rozpoznaniu przez Izbę.

7) Zarzut dotyczący nierealnych kosztów utylizacji – Przystępujący wycenił w kalkulacji całkowity koszt utylizacji odpadów

ogólnobudowlanych innych niż gruz i złom na 2000 zł, w tym 1400 zł za 1 tonę tych odpadów i 600 zł za podstawienie kontenera. Do wyjaśnień dołączył oferty handlowe od podmiotu mającego siedzibę w Żarach (utylizacja) oraz od podmiotu mającego siedzibę w Siemianowicach Śląskich (piasek zasypowy). Odwołujący podniósł, że Przystępujący nie uwzględnił w kalkulacji odległości tych podmiotów od Wrocławia, czyli miejsca realizacji zamówienia. W piśmie procesowym Przystępujący wskazał, że ww. oferty handlowe to „*oferty analogiczne, to znaczy obrazujące faktyczny poziom cen w Polsce, a niekoniecznie oferty, które będą wykorzystane w tym konkretnym postępowaniu. Jest to powszechnie przyjęty sposób udowadniania wyjaśnień rażąco niskiej ceny*”. Należy jednak podkreślić, że wyjaśnienia rażąco niskiej ceny nie służą temu, by wykazać, że jakieś ceny są ogólnodostępne w Polsce, tylko temu, by wykazać, że dane ceny są dostępne konkretnemu wykonawcy przy realizacji konkretnego zamówienia w konkretnych warunkach i w związku z tym uzasadniają cenę jego oferty. Tym samym jeżeli Przystępujący zamierza skorzystać z ofert handlowych ww. dwóch podmiotów, to powinien wykazać koszty związane z transportem odpadów i piasku do/z miejsca prowadzenia przez nie działalności. Jeżeli natomiast Przystępujący za pomocą tych ofert chciał tylko pokazać ogólny poziom cen w Polsce, to takie dowody nie uzasadniają w sposób wiarygodny przyjętych przez niego kosztów utylizacji, gdyż nie odnoszą się do tego konkretnego zamówienia i warunków jego wykonania wynikających z odległości ww. podmiotów od Wrocławia. Wyjaśnienia zawarte w piśmie procesowym Przystępującego podważają zatem wiarygodność ww. ofert handlowych i wyceny kosztów utylizacji na 2000 zł, co oznacza, że Przystępujący nie wykazał w wyjaśnieniach złożonych Zamawiającemu realności ceny swojej oferty. Dlatego Izba uznała zarzut w tym zakresie za zasadny.

- 8) Zarzut dotyczący obsługi geodezyjnej – Odwołujący podnosi, że na dowód zasadności wyceny obsługi geodezyjnej na 600 zł Przystępujący dołączył do wyjaśnień fakturę podmiotu z Polańca na „usługę geodezyjną”, przy czym nie wiadomo, co się w tak opisanej usłudze mieści. Przystępujący w piśmie procesowym ponownie wskazał, że za pomocą tego dowodu chciał pokazać „*faktyczny poziom cen, które są podobne w całym kraju*”. Jak już wyżej wskazano, wyjaśnienia i dowody składane w ramach wyjaśnień rażąco niskiej muszą się odnosić do możliwości konkretnego wykonawcy przy realizacji konkretnego zamówienia w konkretnych warunkach. W przeciwnym razie nie uzasadniają ceny jego oferty. Skoro zatem Przystępujący przedłożył dowód w postaci faktury za jakąś nieokreśloną co do zakresu usługę geodezyjną po to, by pokazać poziom cen na rynku, ale nie wiadomo, czy ten poziom (600 zł) w ogóle jest adekwatny do zakresu usługi koniecznej do wykonania w ramach niniejszego zamówienia, to taki dowód jest nieprzydatny do oceny realności ceny jego oferty i nie uzasadnia tej ceny. Dlatego Izba uznała zarzut w tym zakresie za zasadny.
- 9) Zarzut dotyczący kosztów wynagrodzenia kierownika budowy – Odwołujący podniósł, że Przystępujący podał nierealne wynagrodzenie kierownika budowy w wysokości 3000 zł. Przystępujący wskazał w piśmie procesowym i na rozprawie, że zatrudnia kierownika budowy, który pracuje równolegle na kilku budowach i przy realizacji niniejszego zamówienia musi być obecny tylko w kluczowych momentach, czyli przy demontażu z udziałem dźwigu. Izba stwierdziła, że uwzględniając pracę kierownika na kilku budowach, jego wynagrodzenie w wysokości 3000 zł za nadzór tylko nad niniejszym zamówieniem, jest uzasadnione. Dlatego zarzut w tym zakresie nie został uznany za zasadny.
- 10) Zarzut dotyczący braku wykazania dysponowania projektantem i nierealnego założenia, że dwóch projektantów wykona kompletny projekt łącznie w 16 godzin – w kalkulacji Przystępujący rzeczywiście przyjął, że dokumentację projektową wykona dwóch projektantów pracujących przez 1 dzień po 8 godzin każdy, co daje w sumie 16 godzin pracy, za co otrzymają łącznie 2400 zł. Pomijając kwestię niewykazania, czy ww. projektanci są zatrudnieni przez Przystępującego, czy też są podmiotem zewnętrznym, to przede wszystkim założenie co do czasu wykonania projektu wyglądają nierealnie, a Przystępujący ani w piśmie procesowym ani na rozprawie w ogóle się do tego nie odniósł. Dlatego Izba uznała zarzut w tym zakresie za zasadny.
- 11) Zarzut dotyczący nierealnego terminu wykonania pracy w 20 dni – Odwołujący podniósł, że przyjęty przez Przystępującego termin realizacji zamówienia w ciągu 20 dni jest nierealny, zwłaszcza w sytuacji gdy Przystępujący zamierza jedynie korzystać z koparki przez 20 dni, a z dźwigu i zwyżki tylko przez 2 dni. Odwołujący zauważa przy tym, że w wyjaśnieniach Przystępujący wskazał wprawdzie na zamiar użycia także maszyn burzących, kruszących, ładujących oraz samochodów samoładowniczych i samowyładowniczych, ale ich kosztów w ogóle nie ujął w kalkulacji. Na rozprawie Przystępujący stwierdził, że koszty użycia ww. sprzętu (poza koparką, dźwigiem i zwyżką) nie zostały osobno wycenione, ale wycenione zostały prace, które za pomocą tego sprzętu będą wykonane. W tym miejscu ponownie należy przypomnieć, że Zamawiający żądał przedstawienia szczegółowych i kompletnych wyliczeń zaoferowanej ceny oraz podania źródła oszczędności wraz z uzasadnieniem. Jeżeli Przystępujący jest w stanie skrócić termin wykonywania zamówienia dzięki intensywnemu wykorzystaniu pracy sprzętu, to powinien to wskazać w wyjaśnieniach i koszty pracy tego sprzętu wykazać w kalkulacji, tak by była ona - zgodnie z oczekiwaniem Zamawiającego - szczegółowa i kompletna. Obowiązek wykazania powyższego wynika także z żądania

Zamawiającego, aby wskazać źródła oszczędności wraz z uzasadnieniem. Natomiast na podstawie wyceny samych prac, przy których ww. sprzęt będzie wykorzystany, nie sposób zweryfikować, czy Przystępujący rzeczywiście wycenił koszt użycia tego sprzętu i jak go wycenił. Dlatego wyjaśnienia udzielone na rozprawie nie mogą być uznane za wiarygodne, zaś wyjaśnienia i kalkulacja złożone Zamawiającemu nie mogą być uznane za szczegółowe, kompletne i zawierające podanie źródeł oszczędności wraz z uzasadnieniem. Powyższe prowadzi do wniosku, że Przystępujący nie wykazał realności ceny swojej oferty. Dlatego Izba uznała zarzut w tym zakresie za zasadny.

12) Zarzut dotyczący braku doświadczenia Przystępującego w realizacji zamówień tego rodzaju i związany z tym brak wyceny energii elektrycznej potrzebnej do zasilania specjalistycznego oświetlenia – odnosząc się do tego zarzutu Przystępujący w piśmie procesowym stwierdził jedynie, że posiada odpowiednie doświadczenie. Pomijając jednak kwestię doświadczenia, która nie jest oceniana w ramach rażąco niskiej ceny, należy zauważyć, że w kalkulacji rzeczywiście nie wyceniono kosztów energii elektrycznej i do braku wyceny tych kosztów Przystępujący się nie odniósł. Dlatego Izba uznała zarzut w tym zakresie za zasadny.

Reasumując, mimo nieuznania argumentacji Odwołującego za zasadną w zakresie braku przedłożenia kosztorysu szczegółowego, braku ujęcia kosztów pracodawcy w stawce 35 zł brutto za 1 rbh i wysokości kosztów wynagrodzenia kierownika budowy, pozostałe argumenty podniesione przez Odwołującego w odwołaniu okazały się słuszne i na ich podstawie Izba stwierdziła, że zarzut braku wykazania przez Przystępującego realności ceny jego oferty jest zasadny. Dlatego Izba nakazała Zamawiającemu unieważnienie czynności wyboru najkorzystniejszej oferty, odrzucenie oferty Przystępującego na podstawie art. 226 ust. 1 pkt 8 w zw. z art. 224 ust. 6 ustawy Prawo zamówień publicznych oraz powtórzenie czynności badania i oceny ofert.

Odnosząc się do zarzutu dotyczącego zaniechania odrzucenia oferty Przystępującego z powodu jej niezgodności z przepisami ustawy, przede wszystkim należy zauważyć, że w art. 226 ust. 1 pkt 3 ustawy Pzp nie chodzi o niezgodność z jakąkolwiek ustawą, ale o niezgodność z ustawą Prawo zamówień publicznych. Odwołujący nie wskazał na żaden przepis ustawy Pzp, z którym oferta Przystępującego miałaby być niezgodna. W odwołaniu wskazano jedynie, że „niezgodny z prawem” jest brak uwzględnienia w wycenie kosztów pośrednich pracowników (delegacje) w stawce za 1 rbh opartej na ofercie podwykonawcy. Jednak brak takiej wyceny z pewnością nie jest niezgodny z przepisami ustawy Pzp, gdyż nie reguluje ona takich kwestii. W związku z tym zarzut zaniechania odrzucenia oferty Przystępującego w oparciu o art. 226 ust. 1 pkt 3 ustawy Pzp został uznany za niezasadny i w tym zakresie odwołanie zostało oddalone.

Przechodząc do zarzutu dotyczącego terminów podejmowania przez Zamawiającego czynności w postępowaniu, należy zauważyć, że Zamawiający opublikował informację o wyborze najkorzystniejszej oferty w dniu 20.12.2024 r. (piątek) o godzinie 18:44, zaś załączniki do protokołu, w tym wyjaśnienia rażąco niskiej ceny, udostępnił Odwołującemu w dniu 23.12.2024 r. o godzinie 21:54. Przy czym termin na złożenie odwołania upływał w dniu 27.12.2024 r., a Zamawiający dysponował ww. dokumentami od października 2024 r. Tak opisany stan faktyczny nie był sporny w tej sprawie, natomiast Przystępujący podnosił, że żadne terminy przewidziane w ustawie Pzp nie zostały naruszone. Izba zwraca jednak uwagę na treść art. 16 pkt 1 i 2 ustawy Pzp, zgodnie z którym zamawiający przygotowuje i przeprowadza postępowanie o udzielenie zamówienia w sposób zapewniający zachowanie uczciwej konkurencji oraz równe traktowanie wykonawców i w sposób przejrzysty. Jeżeli Zamawiający bez wyraźnego powodu, nie będąc pod wpływem żadnych niezależnych od siebie czynników (a przynajmniej żadne takie czynniki nie zostały ujawnione w dokumentacji postępowania) dokonuje takich czynności jak wybór najkorzystniejszej oferty i udostępnienie dokumentów niezbędnych do podjęcia decyzji o ewentualnym wniesieniu odwołania, tuż przed świętami, tj. w okresie powszechnie uznawanym za przeznaczony do odpoczynku od spraw zawodowych, w dodatku w godzinach wieczornych, to należy uznać, że doszło do naruszenia ww. podstawowych zasad udzielania zamówień publicznych. Takie działanie Zamawiającego utrudnia bowiem wykonawcom skorzystanie z możliwości złożenia odwołania, ponieważ w praktyce istotnie skraca czas na dokonanie analizy zasadności wniesienia takiego odwołania i czas na jego sporządzenie. Tymczasem możliwość korzystania przez wykonawców ze środków ochrony prawnej jest jednym z instrumentów służących właśnie temu, by m.in. zasady uczciwej konkurencji, równego traktowania wykonawców i przejrzystości były zachowywane. W konsekwencji ograniczenie możliwości skutecznego wniesienia odwołania stanowi naruszenie ww. zasad, czyli naruszenie art. 16 pkt 1 i 2 w zw. z art. 74 ust. 1 i 2 w zw. z art. 515 ust. 1 pkt 2 lit. a) ustawy Pzp. Dlatego odwołanie w zakresie tego zarzutu zostało uznane za zasadne.

Orzeczenie Izby zostało wydane w oparciu o dokumentację postępowania o udzielenie zamówienia oraz w oparciu o stanowiska Stron i Przystępującego przedstawione w pismach procesowych i na rozprawie.

O kosztach postępowania orzeczono stosownie do wyniku, na podstawie art. 574 ustawy Pzp oraz w oparciu o § 7 ust. 2 pkt 2, ust. 3 i ust. 6 w zw. z § 5 pkt 1 i pkt 2 lit. b) rozporządzenia w sprawie szczegółowych rodzajów kosztów postępowania odwoławczego, ich rozliczania oraz wysokości i sposobu pobierania wpisu od odwołania (Dz.U. z 2020 r. poz. 2437).

Izba stwierdziła, że bez względu na sposób pogrupowania zarzutów w petitum odwołania w istocie odwołanie to

zawiera trzy zarzuty dotyczące: zaniechania odrzucenia oferty z powodu rażąco niskiej ceny, zaniechania odrzucenia oferty z powodu niezgodności z ustawą oraz terminów podejmowania czynności przez zamawiającego.

Spośród zatem ww. trzech zarzutów wskazanych w odwołaniu Izba uwzględniła dwa zarzuty (dotyczące rażąco niskiej ceny i terminów podejmowania czynności przez zamawiającego) oraz jeden zarzut oddaliła (dotyczący niezgodności oferty z ustawą). Oznacza to, że Przystępujący wnoszący sprzeciw odpowiada za koszty postępowania odwoławczego w części 2/3, a Odwołujący – w części 1/3.

Na koszty postępowania odwoławczego składa się wpis od odwołania w wysokości 10.000 zł, wynagrodzenie pełnomocnika Odwołującego w wysokości 3.600 zł oraz wynagrodzenie pełnomocnika Przystępującego wnoszącego sprzeciw w wysokości 3.600 zł, co razem daje kwotę 17.200 zł. Tym samym Przystępujący wnoszący sprzeciw odpowiada za koszty postępowania odwoławczego w wysokości 11.466,67 zł (2/3 z 17.200 zł), a Odwołujący - w wysokości 5.733,33 zł (1/3 z 17.200 zł).

Odwołujący poniósł dotychczas koszty w wysokości 13.600 zł (wpis od odwołania + wynagrodzenie pełnomocnika), a powinien ponieść je w wysokości 5.733,33 zł. Przystępujący wnoszący sprzeciw poniósł dotychczas koszty w wysokości 3.600 zł, a powinien ponieść je w wysokości 11.466,67 zł.

Wobec powyższego zasadny jest zwrot kosztów od Przystępującego wnoszącego sprzeciw na rzecz Odwołującego w wysokości 7.866,67 zł, co skutkować będzie poniesieniem kosztów przez każdego z nich w wysokości adekwatnej do wyniku postępowania odwoławczego ($13.600 - 7.866,67 = 5.733,33$; $7.866,67 + 3.600 = 11.466,67$). Przy czym zgodnie z § 7 ust. 6 ww. rozporządzenia kwota 7.866,67 zł została zaokrągloną w górę do pełnych złotych, dlatego Izba ostatecznie zasądziła na rzecz Odwołującego kwotę 7.867 zł.

Przewodnicząca