

WYROK
z dnia 24 sierpnia 2023 r.

Krajowa Izba Odwoławcza – w składzie:

Przewodniczący: Maksym Smorczewski

Protokolant: Rafał Komoń

po rozpoznaniu na rozprawie w dniu 21 sierpnia 2023 r. w Warszawie odwołania wniesionego do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej w dniu 31 lipca 2023 r. przez wykonawcę Energokon-Plus spółka z ograniczoną odpowiedzialnością z siedzibą w Sosnowcu w postępowaniu prowadzonym przez Skarb Państwa – Archiwum Państwowe w Warszawie przy udziale wykonawcy A. P., prowadzącego działalność gospodarczą pod nazwą A. P. MEGAKOP, zgłaszającego przystąpienie do postępowania odwoławczego po stronie zamawiającego

orzeka:

1. oddala odwołanie,
2. kosztami postępowania obciąża Energokon-Plus spółka z ograniczoną odpowiedzialnością z siedzibą w Sosnowcu zalicza do kosztów postępowania odwoławczego uiszczony przez wykonawcę Energokon-Plus spółka z ograniczoną odpowiedzialnością z siedzibą w Sosnowcu wpis od odwołania w wysokości 10 000 zł (słownie: dziesięć tysięcy złotych).

Stosownie do art. 579 ust. 1 i art. 580 ust. 1 i 2 ustawy z dnia 11 września 2019 r. Prawo zamówień publicznych (t.j. Dz.U. z 2022 r. poz. 1710 z późn. 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 2265/23

UZASADNIENIE

W dniu 31 lipca 2023 r. do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej wpłynęło odwołanie wykonawcy Energokon-Plus spółka z ograniczoną odpowiedzialnością z siedzibą w Sosnowcu (dalej jako „Odwołujący”) w postępowaniu o udzielenie zamówienia publicznego na roboty budowlane pod nazwą „Kompleksowa rozbiórka obiektów budowlanych zlokalizowanych na działce przy ul. Ordona 23 w Warszawie.” (dalej jako „Postępowanie”), prowadzonym przez zamawiającego Skarb Państwa – Archiwum Państwowe w Warszawie (dalej jako „Zamawiający”) na czynności „polegających na:

1. Dokonaniu wyboru oferty wykonawcy A. P. wykonującego działalność gospodarczą pod firmą: MEGAKOP A. P., ul. Włodarzewska 93, 02-393 Warszawa (dalej „MEGAKOP”) jako oferty najkorzystniejszej w postępowaniu;
2. Zaniechaniu odrzucenia oferty wykonawcy MEGAKOP, zawierającej cenę 2 285 340,00 zł brutto – stanowiącą cenę rażąco niską, skalkulowaną poniżej minimalnych kosztów wykonania zamówienia, uniemożliwiającą należyte wykonanie zamówienia bez ponoszenia straty przez wykonawcę;
3. Zaniechaniu odrzucenia oferty wykonawcy MEGAKOP, która została złożona przez wykonawcę niespełniającego warunków udziału w postępowaniu w odniesieniu do sytuacji ekonomicznej i finansowej, polegającego na posiadaniu ubezpieczenia od odpowiedzialności cywilnej w zakresie prowadzonej działalności gospodarczej na sumę gwarancyjną nie niższą niż 8 000 000,00 zł (osiem milionów złotych 00/100)”.

Odwołujący zarzucił naruszenie:

- „1. art. 239 ust. 1 Pzp, poprzez dokonanie wyboru oferty wykonawcy MEGAKOP jako oferty najkorzystniejszej w postępowaniu, podczas gdy oferta ww. wykonawcy podlega odrzuceniu z powodu rażąco niskiej ceny;
2. art. 226 ust. 1 pkt 8) Pzp i art. 224 ust. 6 Pzp w zw. z art. 16 pkt 1, 2 i 3 Pzp, poprzez zaniechanie odrzucenia oferty wykonawcy MEGAKOP, jako oferty zawierającej rażąco niską cenę, podczas gdy treść udzielonych przez ww. wykonawcę wyjaśnień (w szczególności, wobec braku przedstawienia wiarygodnych dowodów, zaniżenia kosztów wykonania zamówienia, pominięcia istotnych kosztów koniecznych do prawidłowego wykonania zamówienia oraz wobec braku odniesienia się do treści wezwania Zamawiającego) potwierdza, że ww. oferta zawiera rażąco niską cenę z przyczyn wskazanych w uzasadnieniu niniejszego odwołania, w wyniku czego doszło do zaniechania przeprowadzenia postępowania o udzielenie zamówienia w sposób zapewniający zachowanie uczciwej konkurencji i równe traktowanie wykonawców oraz zgodnie z zasadami proporcjonalności i przejrzystości;
3. art. 226 ust. 1 pkt 2) lit. b) Pzp, poprzez zaniechanie odrzucenia oferty wykonawcy MEGAKOP, która została złożona przez wykonawcę niespełniającego warunków udziału w postępowaniu w odniesieniu do sytuacji ekonomicznej i finansowej, polegającego na posiadaniu ubezpieczenia od odpowiedzialności cywilnej w zakresie prowadzonej działalności gospodarczej na sumę gwarancyjną nie niższą niż 8 000 000,00 zł (osiem milionów złotych 00/100)”.

Odwołujący wniósł o „nakazanie Zamawiającemu: 1. unieważnienia czynności wyboru oferty najkorzystniejszej;

2. dokonania odrzucenia oferty wykonawcy MEGAKOP; 3. powtórzenia czynności oceny ofert i wyboru oferty najkorzystniejszej”.

Zamawiający wniósł o oddalenie odwołania w całości oraz obciążenie Odwołującego kosztami postępowania odwoławczego.

Do postępowania odwoławczego po stronie Zamawiającego przystąpił wykonawca A. P., prowadzący działalność gospodarczą pod nazwą A. P. MEGAKOP (dalej jako „Przystępujący”), który wniósł o oddalenie odwołania w całości.

W zakresie mającym istotne znaczenie dla rozstrzygnięcia sprawy Izba ustaliła, co następuje:

Zamawiający prowadzi Postępowanie z zastosowaniem przepisów ustawy z dnia 11 września 2019 r. Prawo zamówień publicznych (dalej jako „Pzp”) w trybie podstawowym, w którym w odpowiedzi na ogłoszenie o zamówieniu oferty mogą składać wszyscy zainteresowani wykonawcy, a następnie zamawiający wybiera najkorzystniejszą ofertę bez przeprowadzenia negocjacji. Wartość zamówienia nie przekracza progów unijnych, o których mowa w art. 3 ust. 1 Pzp. Ogłoszenie o zamówieniu zostało opublikowane 5 czerwca 2023 r. w Biuletynie Zamówień Publicznych pod numerem 2023/BZP 00246594/01.

W rozdziale IX ust. 1 pkt 3) specyfikacji warunków zamówienia w Postępowaniu określono, że „O udzielenie zamówienia mogą ubiegać się Wykonawcy, którzy spełniają warunki udziału w postępowaniu, określone w art. 112 ust. 2 ustawy Pzp dotyczące Sytuacji ekonomicznej i finansowej tj. : Zamawiający uzna warunek za spełniony, jeżeli Wykonawca wykaże, że posiada ubezpieczenie od odpowiedzialności cywilnej w zakresie prowadzonej działalności gospodarczej na sumę gwarancyjną nie niższą niż 8 000 000,00 zł (osiem milionów złotych 00/100)”.

W rozdziale X ust. 6 SWZ Zamawiający określił, że „Wykaz podmiotowych środków dowodowych składanych przez Wykonawcę w odpowiedzi na wezwanie Zamawiającego, o którym mowa w art. 274 ust. 1 ustawy PZP: (...) 2) na potwierdzenie spełniania warunków udziału w postępowaniu (...) c) dokumentu potwierdzającego, że Wykonawca jest ubezpieczony od odpowiedzialności cywilnej w zakresie prowadzonej działalności związanej z przedmiotem zamówienia na sumę gwarancyjną określoną przez Zamawiającego”.

Oferty w Postępowaniu złożyli Przystępujący i Odwołujący.

Zamawiający przekazał Przystępującemu datowane na 3 lipca 2023 r. pismo o treści „Działając na podstawie art. 224 ust. 2 pkt 1) ustawy z dnia 11 września 2019 r. Prawo zamówień publicznych (Dz. U. z 2022 r., poz. 1710 ze zm.; dalej: „ustawa Pzp”) Zamawiający wzywa Wykonawcę do złożenia wyjaśnień, w tym złożenia dowodów w zakresie wyliczenia ceny lub jej istotnych części składowych, bowiem cena całkowita oferty jest niższa o co najmniej 30% od średniej arytmetycznej cen wszystkich złożonych ofert niepodlegających odrzuceniu na podstawie art. 226 ust. 1 pkt 1 i 10 ustawy Pzp. Zamawiający podkreśla, iż zakres, którego powinny dotyczyć wyjaśnienia Wykonawcy określony został w art. 224 ust. 3 ustawy Pzp. Z uwagi na fakt, iż przedmiotem niniejszego zamówienia są roboty budowlane, złożone wyjaśnienia muszą dotyczyć co najmniej: 1) zgodności z przepisami dotyczącymi kosztów pracy, których wartość przyjęta do ustalenia ceny nie może być niższa od minimalnego wynagrodzenia za pracę albo minimalnej stawki godzinowej, ustalonych na podstawie przepisów ustawy z dnia 10 października 2002 r. o minimalnym wynagrodzeniu za pracę (Dz. U. z 2020 r. poz. 2207) lub przepisów odrębnych właściwych dla spraw, z którymi związane jest realizowane zamówienie; 2) zgodności z przepisami z zakresu prawa pracy i zabezpieczenia społecznego, obowiązującymi w miejscu, w którym realizowane jest zamówienie; Wyjaśnienia powinny wskazywać, czy zaoferowana cena rzeczywiście uwzględnia wszystkie elementy związane z należyтым wykonaniem zamówienia, w szczególności: 1) zarządzania procesem produkcji, świadczonych usług lub metody budowy; 2) wybranych rozwiązań technicznych, wyjątkowo korzystnych warunków związanych z realizacją robót budowlanych; 3) oryginalności robót budowlanych oferowanych przez wykonawcę; 4) zgodności z prawem w rozumieniu przepisów o postępowaniu w sprawach dotyczących pomocy publicznej; 5) zgodności z przepisami z zakresu ochrony środowiska; 6) wypełniania obowiązków związanych z powierzeniem wykonania części zamówienia podwykonawcy/om. 7) Przedstawienia kalkulacji cenowej obejmującej m.in. pracę ludzi (w tym ich wynagrodzenia), pracę sprzętu oraz koszty związane z użyciem materiałów. W kalkulacji Wykonawca winien przedstawić również kosztów, zysku oraz ryzyk jakie skalkulował w swojej ofercie zgodnie z wymaganiami SWZ (...).”.

Przystępujący przekazał Zamawiającemu datowane na 4 lipca 2023 r. pismo zatytułowane „Odpowiedź na wezwanie do złożenia wyjaśnień rażąco niskiej ceny” (dalej jako „Wyjaśnienia”) o treści „W odpowiedzi na Państwa wezwanie do złożenia dotyczących elementów oferty mających wpływ na wysokość ceny wyjaśniam co następuje: Oszczędność metody wykonywania zamówienia to przede wszystkim brak firm podwykonawczych czy wynajętych sprzętów do wykonania zamówienia. Podtrzymuje nadal swoją cenę za wykonanie w/w robót oraz informuję iż posiadam specjalistyczny sprzęt rozbiórkowy stanowiący moją własność tj. własny park maszynowy w postaci koparek, osprzętu wyburzeniowego, ładowarek, kruszarek oraz samochodów ciężarowych samowyladowczych, jak również zatrudnionych na umowę o pracę na stałe pracowników pracujących od lat na tych maszynach. Wszyscy moi pracownicy są

zatrudnieni na kwoty od 3600 zł brutto do 6000 zł brutto w zależności od specjalności na jakie posiadają uprawnienia. Czynnikiem który ma wpływ na wysokość skalkulowanej ceny brutto oferty, jest przede wszystkim fakt, iż z obiektów przeznaczonych do rozbiórki wykonawca wyliczył odzysk w kwocie przewyższającej oferowaną cenę, czego zamawiający nie wziął pod uwagę przy stwierdzeniu rażąco niskiej ceny. W budynkach przeznaczonych do rozbiórki złom szacowany jest z wyliczeń kierownika robót Krzysztofa Adamiaka mającego uprawnienia w specjalności architektonicznej i konstrukcyjno-budowlanej, opartych na wiedzy i ponad 30-letnim doświadczeniu. Z wyliczeń tych wynika, iż możliwe jest odzyskanie ok. 558 ton złomu. Odzyskanie takiej ilości złomu stali przeze mnie jest możliwe z uwagi na fakt, iż posiadam własny specjalistyczny osprzęt do koparki w postaci nożyc hydraulicznych wyburzeniowych do odzysku złomu z konstrukcji żelbetonowych i konstrukcji stalowych oraz fakt, że taka ilość stali została użyta do zbrojenia przedmiotowych budynków. Należy w tym miejscu nadmienić, że cena 1 tony złomu stali oscyluje obecnie wokół kwoty 1200,00 złotych netto + VAT (załącznik – cennik firmy BSK Return S.A.). Dodatkowo poniżej przedstawiamy tabelę zawierającą także sprzedaż odpadów w postaci gruzu ceglanego oraz betonowego z wyliczeniem przychodów, kosztów oraz zysku. Wynika z tego następujący rachunek:

Kalkulacja ceny ofertowej w przetargu na rozbiórkę obiektów budowlanych zlokalizowanych na działce przy ul. Ordona 23 w Warszawie					
Przychody	JM	Uwagi	ilość	cena jednostkowa brutto w zł	Wartość brutto w zł
Wartość oferty przetargowej					2 285 340,00
Uzysk z odsprzedaży gruzu ceglanego	m3		3143,00	6,15	19 329,45
Uzysk z odsprzedaży gruzu betonowego	m3		4653,00	12,30	57 231,90
Uzysk z odsprzedaży złomu stalowego	ton		558,00	1476,00	823 608,00
Uzysk z odsprzedaży destruktu asfaltowego z rozbiórki nawierzchni	m2		980,00	12,30	12 054,00
Razem przychody					3 197 563,35
Koszty:	JM	Uwagi	ilość	cena jednostkowa brutto w zł	Wartość brutto w zł
Koszty paliwa do sprzętu ciężkiego- koparki z wymiennym osprzętem - 4 mce x 22 dni x 6 szt. sprzętowych	528 dni roboczych	śr. zużycie paliwa 150 l / dzień / 1 jednostkę sprzętowa	ilość paliwa = 79 200 l	6,10	483 120,00
Koszty materiałów technicznych do obsługi sprzętu - smary, części zamienne, koszty transferu sprzętu - 10% kosztów paliwa					48 312,00
Koszty robocizny pracowników :					
8 pracowników wynagrodzenie 3600 zł/m-c x 4 m-ce					115 200,00
1 pracownik wynagrodzenie 4800zł/m-c x 4 m-ce					19 200,00
1 pracownik wynagrodzenie 4000zł/m-c x 4 m-ce					16 000,00
Koszty socjalne : toalety, napoje dla pracowników itp.					24 000,00
Koszty sprzętu i wyposażenia BHP					27 000,00
Koszty ochrony - monitoring elektroniczny 4 m-ce x 3 000,00 zł					12 000,00
Koszty utrzymania czystości przyległych dróg miejskich					18 000,00
Koszt Nadzoru technicznego					36 000,00
Fundusz premiowy 25% kosztów płac					37 600,00
Koszt utylizacji odpadów - Papa, materiały izolacyjne		m3	128,00	460,00	58 880,00
Koszt utylizacji odpadów zmieszanych					32 000,00
Remediacja gruntów - wraz z kosztami projektu i uzyskaniem decyzji					785 000,00
Dowóz piasku na zasypki		m3	4300,00	18,45	79 335,00
Koszt wykonania ogrodzenia docelowego nowego					72 000,00
Rezerwa kosztowa na nie przewidziane zdarzenia 5 % sumy powyższych kosztów					93 182,35
Razem koszty					1 956 829,35
Zysk brutto po odjęciu kosztów :					1 240 734,00

Z ww. zestawienia wynika iż po odsprzedaży złomu oraz gruzu, końcowy zysk w kwocie około 1 240 734 zł nie pozwala stwierdzić, iż moja cena jest rażąco niska. Posiadamy również kruszarki do kruszenia odpadów betonowych i ceglanych które wykorzystamy do zmniejszenia objętości wytworzonych odpadów i zarazem zmniejszenia ilości kursów pojazdów wywożących odpady z terenu rozbiórki. Dodatkowo kruszenie odpadu gruzu w miejscu jego wytworzenia traktowane są przed RDOŚ jako WYTWARZANIE ODPADÓW gdzie ewidencja odpadów prowadzona jest poprzez system BD(Nasza Firma jest wyspecjalizowana i wyposażona w ciężki sprzęt do wyburzeń mechanicznych .W realizacji rozbiórek

obiektów wykorzystujemy do maksimum różny osprzęt do rozbiórki konstrukcji minimalizując nakłady Robocizny a jednocześnie znacznie skracając czas realizacji zadań. Wycenę robót dotyczącą tego zadania dokonaliśmy na podstawie wieloletniego doświadczenia w tego typu robotach, mając wiedzę o optymalnym wykorzystaniu sprzętu i koniecznych nakładów m-godzin na wykonanie poszczególnych etapów robót rozbiórkowych. W załączonej tabeli kosztowej wszystkie pozycje wyceniliśmy na zasadzie kalkulacji własnych oraz ponad 25 letniego doświadczenia wykorzystując maksymalnie posiadany ciężki sprzęt wraz z jego zmiennym oprzyrządowaniem. Mając tak wyliczone dochody oferowana przeze mnie cena nie jest ceną rażąco niską, a z uwagi na fakt, iż zaoferowana Państwu cena za rozbiórkę zostanie moim dochodem, a mając na uwadze tak duży odzysk – dochód nawet przewyższy ofertowaną cenę za wykonanie rozbiórki. Metodologia wykonywania rozbiórki będzie wykonywana za pomocą specjalistycznych koparek Volvo 360 EC z osprzętem jakim są nożyce do cięcia betonu co pozwala na bezpieczną rozbiórkę obiektu z systematyczną segregacją materiałów porozbiórkowych tj. stal, węgla, gruz. Jest to najbezpieczniejsza metodologia wykonawstwa robót rozbiórkowych z uwagi na przebywanie doświadczonego operatora koparki w kabinie bez angażowania osób trzecich. Rozbiórka jest na bieżąco polewana wodą tak aby uniknąć nadmiernego kurzenia się. Przyjęte przeze mnie rozwiązania maksymalnego wykorzystania i odzysku materiałów z budynków mającego być przedmiotem rozbiórki pozwoliły mi na skalkulowanie dla Państwa ceny przy której mój zysk z wykonanych prac rozbiórkowych przedmiotowego budynku będzie wynosił 100 %. Ponadto uzyskanie zaoferowanej ceny jest możliwe również dzięki następującym czynnikom: - przyjętemu systemowi pracy w mojej firmie, - bazie sprzętowej firmy - a także ciągłym zleceniami, co pozwala na maksymalne wykorzystanie sprzętu i sprzętu (brak przestojów). Ponadto posiadam zasób środków finansowych pozwalający na wykonanie robót w całości bez wspomaganie się środkami z zewnątrz np. z kredytu, co generuje dodatkowe koszty.

Wraz z ww. pismem Przystępujący przekazał Zamawiającemu:

- 1.datowany na 16 czerwca 2023 r. dokument zatytułowany „Oferta na wykonanie remediacji w Warszawie przy ul. Ordon 23 oraz utylizacji 4300 m3 zanieczyszczonego urobku.”,
- 2.datowany na 16 czerwca 2023 r. dokument zatytułowany „Oferta na odkup odpadów rozbiórkowych związanych z pracami rozbiórkowymi w Warszawie przy ul. Ordon 23.”,
- 3.datowany na 16 czerwca 2023 r. dokument zatytułowany „Oferta na zakup złomu stalowego”.

Zamawiający przekazał Przystępującemu datowane na 11 lipca 2023 r. pismo zatytułowane „Wezwanie do wyjaśnień w zakresie zaoferowanej ceny” o treści „Działając na podstawie art. 224 ust. 2 pkt 1) oraz 223 ust. 1 ustawy z dnia 11 września 2019 r. Prawo zamówień publicznych (Dz. U. z 2022 r., poz. 1710 ze zm.; dalej: „ustawa Pzp”) Zamawiający wzywa Wykonawcę do doprecyzowania informacji - w tym złożenia dowodów w zakresie wyliczenia ceny lub jej istotnych części składowych - wskazanych w ramach wyjaśnień złożonych w dniu 05 lipca 2023 r. w zakresie zaoferowanej ceny. 1. Wykonawca w treści wyjaśnień przedstawił tabelę zawierającą także sprzedaż odpadów w postaci gruzu ceglanego, betonowego, złomu stalowego oraz destruktu asfaltowego z rozbiórki nawierzchni. Prosimy o przedstawienie szczegółowej kalkulacji wyliczenia przyjętych ilości m3, ton oraz m2. 2. Wykonawca w tabeli dot. kalkulacji ceny wskazał koszty sprzętu jedynie w zakresie paliwa i materiałów technicznych do ich obsługi. Jednakże, nie przedstawiono w kalkulacji kosztów amortyzacji sprzętu, kosztów r-g pracy sprzętu - brak również przedłożenia dowodów na posiadanie wskazanego sprzętu. Prosimy o wyjaśnienie czy i w jakiej pozycji Wykonawca ujął ww. koszty. 3. Przedłożone wyjaśnienia nie zakładają kosztów związanych z transportem i wywozem materiałów z rozbiórki oraz nie przewidują pracy innego sprzętu niż ciężkie koparki z wymiennym osprzętem. Prosimy o wyjaśnienie, czy Wykonawca skalkulował te koszty, a jeśli tak to w jakiej pozycji. 4. W kalkulacji Wykonawca ujął 8 pracowników z wynagrodzeniem 3600 brutto/m-c. Wskazana kwota nie uwzględnia kosztów pracodawcy w ramach Umowy o pracę. Prosimy o wyjaśnienie rozbieżności i wskazanie, czy i gdzie przedmiotowe koszty zostały ujęte. 5. Zamawiający w przedmiarze, w poz. 1 oraz 2 wskazał na konieczność wykonania ogrodzenia tymczasowego. W przedłożonych wyjaśnieniach nie zostały ujęte koszty zabezpieczenia placu budowy oraz wygrodzenia tymczasowe. Prosimy o wskazanie, gdzie Wykonawca ujął ww. koszt. 6. Wykonawca w wyjaśnieniach podniósł, iż rozbiórka będzie odbywała się z bieżącym podlewaniem wodą, tak aby ograniczyć pylenie się materiałów podczas rozbiórki. Prosimy o wskazanie ujęcia kosztów bieżącego podlewania rozbiórki wodą w kalkulacji ceny ofertowej. 7. W przedłożonych wyjaśnieniach dotyczących zaoferowanej ceny Zamawiający nie odnajduje informacji o kosztach dedykowanej na okres realizacji robót polisy OC oraz ubezpieczenia sprzętu. Prosimy o wskazanie, czy i gdzie przedmiotowe koszty zostały ujęte. (...).”

Przystępujący przekazał Zamawiającemu datowane na 12 lipca 2023 r. pismo zatytułowane „Odpowiedź na wezwanie do złożenia wyjaśnień rażąco niskiej ceny.” (dalej jako „Wyjaśnienia2”) o treści „W odpowiedzi na Państwa wezwanie do złożenia dotyczących elementów oferty mających wpływ na wysokość ceny wyjaśniam co następuje: 1. Kalkulacja została sporządzona na podstawie projektu rozbiórki, załączonego przedmiaru Inwestorskiego, wizji lokalnej oraz doświadczeniu kadry technicznej w następujący sposób :

I.p.	Opis elementów	m3	ilość stali w m3 w kg	Ilość stali kg	m3
------	----------------	----	-----------------------	----------------	----

1	Ławy żelbetowe	504,00	110,00	55440,00	
2	Stopy żelbetowe	171,07	120,00	20528,64	
3	Pręty żelbetowe	2737,50	110,00	301125,00	
4	Podciągi żelbetowe	221,76	180,00	39916,80	
5	Słupy żelbetowe	309,02	160,00	49442,40	
6	Rampy żelbetowe	123,00	170,00	20910,00	
7	Schody żelbetowe	14,40	120,00	1728,00	
8	Ogrodzenie z elementów żelbetowych	172,80	25,00	4320,00	
9	Nawierzchnie -utwardzenia beton + trylinka, podłoża betonowe	400,00			
	Razem żelbetu +beton	4653,55			4653,55
1	Świetliki stalowe (m2)	216,00	40,00	8640,00	
2	Dźwigary, słupy i belki stalowe			24000,00	
3	Inne wyposażenie stalowe, rury, kanalizacja, wentylacja			10000,00	
4	Zbiorniki stalowe +wiata			9400,00	
5	Ślusarka okienna i drzwiowa (m2)	520,00	25,00	13000,00	
	Ściany murowane	3143,00			3143,00
	Nawierzchnie bitumiczne asfaltowe (m2)	980,00			
			kg	558450,84	
			kg/t	1000,00	
	Razem Złom Stalowy		Ton	558,45	

Ilości materiałów wyliczono na podstawie przedmiarów z kosztorysu inwestorskiego, projektów technicznych załączonych do SIWZ oraz wizji lokalnej. Wartości jednostkowe stali policzone na podstawie nabytej wiedzy oraz tabel współczynników do projektowania konstrukcji żelbetowych. 2. Wszystkie sprzęty które posiada wykonawca zostały zamortyzowane z czego wynika brak innych kosztów oprócz wkalkulowanego paliwa oraz operatora zatrudnionego na podstawie umowy o pracę. Inne koszty eksploatacyjne zostały ujęte w przesłanej w poprzednim wyjaśnieniu w tabeli w pozycji nr. 2: Koszty materiałów technicznych do obsługi sprzętu- smary, części zamienne, koszty transferu sprzętu. W załączeniu wykaz środków trwałych. Dlatego w naszej kalkulacji ceny ofertowej nie podpieraliśmy się występującą na rynku ceną pracy maszyno-godziny sprzętu. Są to ceny wynajmu sprzętu. Nasza firma nie musi korzystać z wynajmu sprzętu. Jesteśmy w stanie wykonać zadanie własnym sprzętem. 3. Wyjaśnienia jak najbardziej zakładają koszty związane z transportem z czego wynikają przedłożone Państwu oferty odkupu złomu oraz gruzu. W cenie odkupu zawarty jest transport własny odbiorcy. Utylizacja pozostałych odpadów tj. zmieszane odpady, papa, materiały izolacyjne została ujęta w przesłanej wcześniej tabeli i zawiera także koszty transportu firm odbierających. Ponadto przewidziane koszty inne jak ciężki sprzęt do załadunku został ujęty globalnie w pozycji nr. 1. Koszty ciężkiego sprzętu oraz Robocizny zostały ujęte globalnie zbiorczo ujmując wszystkie czynności związane z tym zadaniem skalkulowane na podstawie wieloletniego doświadczenia w tego typu robotach. 4. Wskazana kwota kosztów 8 pracowników z wynagrodzeniem 3600 brutto zawiera koszty pracownika jakie ponosi wykonawca natomiast składki ZUS zostały uwzględnione w fundusz premii (tabela), dodatkowe koszty utrzymania bhp zostały także wskazane w tabeli jako koszty socjalne oraz koszty BHP. 5. W wyjaśnieniach w tabeli zostały ujęte koszty zabezpieczenia placu budowy jak i wygradzenia tymczasowego w ostatniej tabeli : rezerwa kosztowa. Ponadto istniejące ogrodzenie będzie demontowane jednocześnie ze stawianiem nowego ogrodzenia przez co teren przez cały czas pozostaje ogrodzony. 6. Ujęcie wody zostanie uzyskane poprzez podpisanie umowy z MPWIK o użyczenie hydrantu z ujęciem wody. Zostało to wkalkulowane w tabeli : koszty utrzymania czystości a także w kosztach rezerwy. 7. Koszty polisy obejmują działalność firmy na przestrzeni całego roku, ponadto koszt wykupienia polisy dedykowanej został także wkalkulowany w tabeli jako rezerwa kosztowa.”

Wraz z ww. pismem Przystępujący przekazał Zamawiającemu dokument zatytułowany „Ewidencja środków trwałych (wartości podatkowe) na Czerwiec, 2023”.

Zamawiający przekazał Przystępującemu datowane na 14 lipca 2023 r. pismo o treści „Zamawiający działając na podstawie art. 274 ust. 2 ustawy z dnia 11 września 2019 roku - Prawo zamówień publicznych (Dz. U. z 2022 r. poz. 1710 z późniejszymi zmianami) wzywa Wykonawcę, do złożenia aktualnych na dzień złożenia, następujących podmiotowych środków dowodowych: (...) 4. Dokumentu potwierdzającego, że Wykonawca jest ubezpieczony od odpowiedzialności cywilnej w zakresie prowadzonej działalności związanej z przedmiotem zamówienia na sumę gwarancyjną określoną przez Zamawiającego.(...)”.

Przystępujący przekazał Zamawiającemu datowane na 17 lipca 2023 r. pismo, do którego załączony był dokument zatytułowany „Polisa ubezpieczenia odpowiedzialności cywilnej ogólnej Nr 1083149912”, w którym wpisano:

-jako „okres ubezpieczenia” - „od 24.06.2023 r. do 30.09.2023 r.”,

-jako ubezpieczonego - „A. P. Megakop”,

-jako „Zakres ubezpieczenia” – „Odpowiedzialność cywilna w związku z posiadaniem mieniem lub prowadzoną działalnością.”,

-jako „Suma gwarancyjna na jeden wypadek ubezpieczeniowy i wszystkie wypadki ubezpieczeniowe” – „8 000 000 PLN”.

Zamawiający przekazał Odwołującemu datowane na 24 lipca 2023 r. pismo zatytułowane „Zawiadomienie o wyborze najkorzystniejszej oferty” o treści „Zamawiający, działając zgodnie z art. 253 ust. 1 pkt. 1 ustawy z dnia 11

września 2019 roku - Prawo zamówień publicznych (Dz. U. z 2022 r. poz. 1710 z późniejszymi zmianami; dalej: „ustawa Pzp”), niniejszym informuje, że w przeprowadzonym postępowaniu w trybie podstawowym do realizacji zamówienia wybrano najkorzystniejszą ofertę nr 5 Wykonawcy: MEGAKOP A. P.. UZASADNIENIE Oferta nr 5 ww. Wykonawca została uznana za najkorzystniejszą zgodnie z art. 239 ustawy Pzp, tj. uzyskała najwyższą liczbę punktów na podstawie kryteriów oceny ofert określonych w specyfikacji warunków zamówienia. Oferta nie podlega odrzuceniu oraz spełnia warunki określone w dokumentach zamówienia.

Lp.	Nazwa Firmy	Cena ofertowa - Etap I i II	Cena ofertowa - Etap I i II	Kryterium oceny ofert I - cena ryczałtowa brutto	Kryterium oceny ofert II - doświadczenie zawodowe kierownika budowy	Liczba pkt - Razem
[-]	[-]	[PLN netto]	[PLN brutto]	pkt	pkt	pkt
1	WTHR Komplex R. O.	9 800 000,00	12 054 000,00	11,38	10,00	21,38
2	ENERGOKON- PLUS Sp. z.o.o.	3 350 000,00	4 120 500,00	33,28	40,00	73,28
3	Tree Capital Sp. z.o.o.	odrzucona				
4	NUVORENT Sp. z.o.o.	7 950 000,00	9 778 500,00	14,02	40,00	54,02
5	MEGAKOP A P.	1 858 000,00	2 285 340,00	60,00	40,00	100,00
6	EUROTEC Sp. z.o.o.	7 926 000,00	9 748 980,00	14,07	0,00	14,07

(...)

W dniu 24 czerwca 2023 r. Przystępujący zapłacił składkę należną na podstawie umowy ubezpieczenia odpowiedzialności cywilnej, której zawarcie potwierdzono ww. dokumentem zatytułowanym „Polisa ubezpieczenia odpowiedzialności cywilnej ogólnej Nr 1083149912”.

Ustalając stan faktyczny Izba oparła się na dokumentach zawartych w dokumentacji Postępowania oraz dokumentach stanowiących załączniki 2.1 – 2.3 do pisma Przystępującego z 18 sierpnia 2023 r.

Izba pominęła dokumenty załączone do pisma Przystępującego z 18 sierpnia 2023 r. (poza załącznikami 7.1 i 7.2) mając na uwadze, że zgodnie z art. 555 Pzp „Izba nie może orzekać co do zarzutów, które nie były zawarte w odwołaniu”, a „zarzut tworzą okoliczności faktyczne i prawne wskazujące na naruszenie przepisów ustawy w związku z dokonaną czynnością lub zaniechaniem czynności, do której zamawiający był zobowiązany na podstawie ustawy” (tak w uzasadnieniu wyroku Krajowej Izby Odwoławczej z dnia 1 lutego 2022 r., wydanego w postępowaniu o sygn. KIO 124/22). Powyższe powoduje, iż w przypadku, gdy odwołanie zostało wniesione na zaniechanie czynności odrzucenia oferty zawierającej rażąco niską cenę, złożoną przez wykonawcę, od którego zamawiający zażądał wyjaśnień, w tym złożenia dowodów w zakresie wyliczenia ceny, Izba wydając wyrok orzeka z jednej strony w granicach przedstawionych w odwołaniu okoliczności faktycznych i prawnych, o których mowa powyżej, a z drugiej w granicach złożonych w postępowaniu o udzielenie zamówienia publicznego wyjaśnień i dowodów w zakresie wyliczenia ceny, nie biorąc pod uwagę okoliczności, które nie były przedstawione w tych wyjaśnieniach, a które miałyby stanowić wyjaśnienie w zakresie wyliczenia ceny, oraz dowodów, które nie zostały złożone wraz z wyjaśnieniami złożonymi w postępowaniu o udzielenie zamówienia publicznego.

Zważywszy ponadto, że zgodnie z art. 531 Pzp „przedmiotem dowodu są fakty mające dla rozstrzygnięcia sprawy istotne znaczenie”, pominąć należało dokumenty stanowiące załączniki 3 – 6 do pisma Przystępującego z 18 sierpnia 2023 r., które nie zostały złożone przez Przystępującego wraz z wyjaśnieniami w zakresie wyliczenia ceny.

Z tych samych względów Izba pominęła dokumenty stanowiące załączniki 2.1 – 2.3 do pisma Przystępującego z 18 sierpnia 2023 r., które również nie zostały złożone przez Przystępującego wraz z wyjaśnieniami w zakresie wyliczenia ceny, a nadto miały służyć ustaleniu, że Przystępujący należycie wykonał określone prace, co nie było faktem istotnym dla oceny, czy cena oferty Przystępującego jest rażąco niska.

Izba zważyła, co następuje:

W świetle art. 505 ust. 1 Pzp, zgodnie z którym „środki ochrony prawnej określone w niniejszym dziale przysługują wykonawcy, uczestnikowi konkursu oraz innemu podmiotowi, jeżeli ma lub miał interes w uzyskaniu zamówienia lub nagrody w konkursie oraz poniósł lub może ponieść szkodę w wyniku naruszenia przez zamawiającego przepisów ustawy”, Odwołującemu przysługiwało prawo do wniesienia odwołania. Izba nie stwierdziła przy tym, aby zachodziła którakolwiek z określonych w art. 528 Pzp okoliczności skutkujących odrzuceniem odwołania.

Po zapoznaniu się z argumentacją stron i uczestnika postępowania odwoławczego, wyrażoną w pismach wniesionych w tym postępowaniu oraz przedstawioną w trakcie rozprawy w dniu 21 sierpnia 2023 roku, Izba uznała, że odwołanie nie zasługuje na uwzględnienie.

Zarzut naruszenia art. 226 ust. 1 pkt 8) Pzp i art. 224 ust. 6 Pzp w związku z art. 16 pkt 1), 2) i 3) Pzp był nieuzasadniony.

Zgodnie z 226 ust. 1 pkt 8) Pzp „zamawiający odrzuca ofertę, jeżeli zawiera rażąco niską cenę lub koszt w stosunku do przedmiotu zamówienia”. Art. 224 ust. 6 stanowi, iż „odrzuconiu, 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”. Stosownie zaś do art. 16 Pzp, „zamawiający przygotowuje i przeprowadza postępowanie o udzielenie zamówienia w sposób: 1) zapewniający zachowanie uczciwej konkurencji oraz równe traktowanie wykonawców; 2) przejrzysty; 3) proporcjonalny”.

Należy wskazać, że jak wynika z art. 224 ust. 6 Pzp, w sytuacji, gdy zamawiający żąda od wykonawcy wyjaśnień, w tym złożenia dowodów w zakresie wyliczenia ceny, przedmiotowe wyjaśnienia i dowody mają uzasadniać podaną w ofercie cenę – czyli wykazywać, że wyliczając cenę oferty wykonawca uwzględnił wszystkie czynniki cenotwórcze, wskazując te czynniki (przede wszystkim koszty, które wykonawca musi ponieść w celu wykonania zamówienia), ich wartość (wysokość) oraz to, że łączna wartość (wysokość) tych czynników nie jest wyższa niż cena podana w ofercie.

Wobec powyższego należy stwierdzić, że kwestia „odzysku”, czyli sprzedaży gruzu, złomu i destruktu asfaltowego uzyskanego przy wykonywaniu zamówienia miała znaczenie dla rozstrzygnięcia sprawy tylko o tyle, o ile jest czynnikiem cenotwórczym. W przypadku, gdy cena oferty Przystępującego, wynosząca 2.285.340 zł, jest wyższa od zakładanych przez niego kosztów wykonania zamówienia, wynoszących 1.956.829,35 zł, kwotę, jakiej uzyskanie zakłada Przystępujący z „odzysku”, należy potraktować jako ewentualny dodatkowy przychód wykonawcy uzyskany w związku z wykonywaniem zamówienia, a nie część zakładanego przychodu za jego wykonanie zamówienia. W takiej sytuacji ocena zasadności odwołania musi odnosić się do ceny oferty i kosztów wykonania zamówienia.

Bez wpływu na przedmiotową ocenę pozostaje więc, że oświadczenie Przystępującego zawarte w Wyjaśnieniach, iż „z obiektów przeznaczonych do rozbiórki wykonawca wyliczył odzysk w kwocie przewyższającej ofertowaną cenę” – jak trafnie podniósł Odwołujący – jest oczywiście nieprawdziwe, zważywszy na podaną powyżej cenę oferty Przystępującego, oraz treść Wyjaśnień, z której wynika, że zakładany „uzysk z odsprzedaży” gruzu, złomu i destruktu asfaltowego wynosi 921.223,35 zł.

Niemniej za niezasadne należy uznać inne twierdzenia Odwołującego dotyczące „uzysku” - że Przystępujący „nie przedstawił kosztów wytworzenia materiału budowlanego (kruszywa) z odpadu (gruzu) wobec treści Wyjaśnień, z których wynika, że zamierza on „odsprzedawać” gruz, a nie kruszywo, oraz iż „oferta firmy BSK Return S.A(...) nie jest aktualna”, biorąc pod uwagę, że Odwołujący nie przedstawił dowodów wykazujących „spadek cen skupu złomu”; również nie mają one znaczenia dla rozstrzygnięcia sprawy, podobnie jak twierdzenia, że oferta ta „nie precyzuje czy dotyczy złomu wsadowego (droższego) czy prętów/drutów zbrojeniowych (tańszy i trudniejszy do zbycia rodzaj złomu)”, iż Przystępujący „nie udowodnił, że posiada nabywców zainteresowanych odpłatnym nabyciem odpadów w postaci: nawierzchni bitumicznych asfaltowych, stolarki okiennej, papy, wełny i innych materiałów izolacyjnych, odpadów zmieszanych i innych”.

Odnosząc się do twierdzenia, że Przystępujący nie udowodnił „możliwości zgodnego z prawem zagospodarowania odpadów w postaci nawierzchni bitumicznych asfaltowych, stolarki okiennej, papy, wełny i innych materiałów izolacyjnych, odpadów zmieszanych i innych” należy zauważyć, że – jak wskazano powyżej - wyjaśnienia w zakresie wyliczenia ceny mają wyjaśniać, jak została wyliczona cena, z treści Wyjaśnień wynika, że Przystępujący zamierza „odsprzedawać” destruktu asfaltowy z rozbiórki nawierzchni, a koszty utylizacji odpadów „w postaci” papy, materiałów izolacyjnych i odpadów zmieszanych w Wyjaśnieniach zostały określone.

Ma rację Odwołujący, iż zawarte w Wyjaśnieniach² oświadczenie, iż „wszystkie sprzęty które posiada wykonawca zostały zamortyzowane” nie jest prawdziwe odnosząc je do wszystkich „sprzętów” wymienionych w dokumencie załączonym do tych wyjaśnień; okoliczność ta nie była sporna pomiędzy stronami i uczestnikiem postępowania odwoławczego. Zdaniem Izby nie miało to jednak znaczenia dla rozstrzygnięcia sprawy w sytuacji, gdy Odwołujący nie kwestionował, że wszystkie sprzęty, które będą wykorzystywane do wykonania zamówienia, są zamortyzowane, a nie przedstawił okoliczności uzasadniających przyjęcie, że wyliczając cenę oferty Przystępujący zobowiązany był uwzględnić amortyzację sprzętu, który posiada, lecz nie będzie wykorzystywany do wykonania zamówienia.

Trafnie w odwołaniu Odwołujący kwestionuje prawdziwość oświadczenia zawartego w Wyjaśnieniach², iż „wskazana kwota kosztów 8 pracowników z wynagrodzeniem 3600 brutto zawiera koszty pracownika jakie ponosi wykonawca”. Zgodnie z art. 6 ust. 1 ustawy z dnia 10 października 2002 r. o minimalnym wynagrodzeniu za pracę „wysokość wynagrodzenia pracownika zatrudnionego w pełnym miesięcznym wymiarze czasu pracy nie może być niższa od wysokości minimalnego wynagrodzenia ustalonego w trybie art. 2 i art. 4”, zaś § 3 rozporządzenia Rady Ministrów z dnia 13 września 2022 r. w sprawie wysokości minimalnego wynagrodzenia za pracę oraz wysokości

minimalnej stawki godzinowej w 2023 r. stanowi, że „od dnia 1 lipca 2023 r. ustala się minimalne wynagrodzenie za pracę w wysokości 3600 zł”. 3600 zł jest zatem najniższą kwotą, jaką może wynosić miesięczne wynagrodzenie pracownika zatrudnionego w pełnym wymiarze czasu pracy. Nie ulega zaś wątpliwości, że kwota ta nie obejmuje składek na ubezpieczenia emerytalne, rentowe, które w części finansuje pracodawca, oraz składek na ubezpieczenie wypadkowe, Fundusz Pracy i Fundusz Gwarantowanych Świadczeń Pracowniczych, które pracodawca finansuje (opłaca) w całości, w związku z czym zgodnie z obowiązującymi przepisami pracodawca musi ponieść koszt w wysokości co najmniej 737,28 zł miesięcznie. W konsekwencji, w przypadku zatrudnienia pracownika za wynagrodzeniem wynoszącym 3600 zł miesięcznie, pracodawca ponosi koszty zatrudnienia tego pracownika wynoszące co najmniej 4.337,28 zł miesięcznie.

W ocenie Izby nie sposób przy tym uznać, że - jak wskazał Przystępujący w Wyjaśnieniach² - „składki ZUS zostały uwzględnione w fundusz premiowy(tabela)”, mając na uwadze oświadczenie złożone przez jego pełnomocnika na rozprawie, iż „w pozycji fundusz premiowy około 30% wskazanej tam kwoty to są składki ZUS, pozostała część to właściwy fundusz premiowy, motywujący pracowników” oraz że z treści Wyjaśnień wynika, iż „Fundusz premiowy” wynosi „25% kosztów płac”. Powyższe oznacza, że fundusz premiowy dla pracownika zatrudnionego za wynagrodzeniem wynoszącym 3.600 zł miesięcznie wynosi 900 zł miesięcznie, z czego „składki ZUS”, stanowiące 30 % kwoty 900 zł, wynoszą 270 zł miesięcznie, co jest wartością ponad trzykrotnie mniejszą niż wysokość ww. składek, które Przystępujący jako pracodawca zobowiązany jest sfinansować (opłacić).

Wobec powyższego należało stwierdzić, że w Wyjaśnieniach nieprawidłowo określono wysokość ponoszonych przez Przystępującego kosztów w związku z zatrudnianiem pracowników zatrudnianych przez niego za wynagrodzeniem wynoszącym 3.600 zł miesięcznie.

W sytuacji, gdy z treści Wyjaśnień jednoznacznie wynika, że czynności w zakresie realizacji zamówienia mają być wykonywane przez osoby zatrudnione na podstawie umowy o pracę, a koszty związane z zatrudnieniem tych osób przez 4 miesiące w całości stanowią koszty wykonania zamówienia (z czego wynika, że przez te 4 miesiące wykonywana przez te osoby praca w całości polegać będzie na wykonywaniu czynności w zakresie realizacji zamówienia), bez znaczenia dla rozstrzygnięcia sprawy było, że „z aktualnej publikacji pod nazwą „Wyliczenie minimalnej kalkulacyjnej stawki godzinowej w Polsce dla robót budowlano-montażowych w drugiej połowie 2023 roku” wynika, że wartość minimalnej kalkulacyjnej stawki roboczogodziny (...) wynosi 30,28 zł”, zwłaszcza że w odwołaniu nie twierdzono, że Przystępujący powinien wyliczać wysokość kosztów wykonania zamówienia na podstawie tej stawki. Nie sposób również za trafny uznać wniosku opartego na twierdzeniach, iż „wykonawca MEGAKOP nie sprecyzował nakładów robocizny, jakie skalkulował w cenie oferty. W szczególności, nie podano liczby roboczogodzin na danego pracownika ani indywidualnych stawek robocizny dla każdego pracownika”, że „z wyjaśnień wykonawcy nie sposób zatem wywnioskować rzeczywistych kosztów robocizny, jakie MEGAKOP zamierza ponieść na potrzeby realizacji zamówienia.”, gdyż oczywiste jest, że „koszty robocizny” te wynikają z wysokości ponoszonych przez Przystępującego kosztów w związku z zatrudnianiem ww. osób.

Ma rację Odwołujący, że Przystępujący nie wykazał, że „uzyskanie” zaoferowanej przez niego ceny „jest możliwe również dzięki następującym czynnikom: - przyjętemu systemowi pracy w mojej firmie, - bazie sprzętowej firmy - a także ciągłym zleceniom, co pozwala na maksymalne wykorzystanie sprzętu i sprzętu (brak przestojów)” – na co wskazywał w Wyjaśnieniach, a także nie wyjaśnił „związku przyczynowo skutkowego pomiędzy realizacją innych zamówień (nie wiadomo w jakiej lokalizacji i w jakim czasie) z kosztami wykonania zamówienia objętego przedmiotowym postępowaniem”.

Nie sposób natomiast uznać za uzasadnione zawartego w odwołaniu twierdzenia, że Przystępujący „nie był w stanie opłacić składki ubezpieczeniowej dla polisy wymaganej w celu wykazania spełnienia warunków udziału w postępowaniu”, zważywszy na treść załączonego do pisma Przystępującego z 18 sierpnia 2023 r. pisma Ubezpieczenia Rosa sp. z o.o., w którym oświadczone „potwierdzam przyjęcie wpłaty składki dla polisy o numerze 1083149912 w dniu 24.06.2023r.”. Mając ponadto na uwadze, że Odwołujący nie wskazał, dlaczego „roczny obrót (2 200 000,00 z) jaki wykonawca MEGAKOP zadeklarował w treści polisy nr 1083149912” ma czynić wątpliwym „twierdzenie na temat posiadania środków finansowych”, w konsekwencji nie ma podstaw, aby kwestionować zawarte w Wyjaśnieniach stwierdzenie, iż Przystępujący posiada „zasób środków finansowych pozwalający na wykonanie robót w całości bez wspomagania się środkami z zewnątrz np. z kredytu, co generuje dodatkowe koszty”.

W ocenie Izby nie można przyjąć, że trafne jest przedstawione w odwołaniu twierdzenie, iż Przystępujący nie udowodnił się, że okoliczności, na które powołuje się w Wyjaśnieniach „mają charakter wyjątkowy, niedostępny innym przedsiębiorcom obecnym na rynku”, w sytuacji, gdy wskazano, jakich konkretnie z tych okoliczności nie udowodnił.

Podobnie w odniesieniu do twierdzeń Odwołującego, że Przystępujący „nie udowodnił jaki konkretnie wpływ na wysokość ceny miały poszczególne okoliczności, na które wykonawca powołał się w swoich wyjaśnieniach” oraz iż „nie przedstawił dowodów na istnienie okoliczności, które w jego ocenie miały mieć wpływ na wysokość ceny” w odwołaniu nie wskazano, jakie konkretnie okoliczności twierdzenia te obejmują, przy czym należy zauważyć, że w ich ramach

Odwołujący nie kwestionuje istnienia jakichkolwiek z tych okoliczności, a nie sposób uznać, aby Przystępujący miał udowodnić „brak firm podwykonawczych czy wynajętych sprzętów do wykonania zamówienia”.

Zawarte w odwołaniu twierdzenia w zakresie „braku wykazania kosztów bezpośrednich dla całości zadania” są zasadne w części dotyczącej pracowników, co opisano powyżej, natomiast należy je uznać za nietrafne co do wyjaśnienia „jaki wpływ na cenę jego oferty mają koszty związane z amortyzacją, serwisem eksploatacją” sprzętu, przy użyciu którego ma być wykonywane zamówienie, gdyż w sytuacji, gdy Przystępujący wskazuje, że sprzęt ten jest zamortyzowany, nie można oczekiwać, iż wyjaśni on wpływ „kosztów związanych z amortyzacją” na cenę jego oferty. W Wyjaśnieniach zostały zaś podane „koszty materiałów technicznych do obsługi sprzętu - smary, części zamienne, koszty transferu sprzętu”, jak również „koszty paliwa do sprzętu ciężkiego”, które zostały określone szacunkowo jako iloczyn liczby „sztuk sprzętowych”, liczby dni roboczych, średniego zużycia paliwa na dzień i ceny jednostkowej paliwa – z czego wynika, że Przystępujący zakładany czas pracy sprzętu określa w dniach roboczych, zatem nie sposób uznać, aby zobowiązany był on podawać „ilości nakładów pracy sprzętu (wyrażonych w godzinach pracy)”. Brak jest także podstaw do przyjęcia, że powinien on udowodniać „koszty zakupu paliwa”, którego podanej w Wyjaśnieniach ceny jednostkowej Odwołujący nie kwestionuje.

Ponadto istotnie z treści Wyjaśnień nie wynika jednoznacznie, aby „koszty transportu (koszty pracy samochodów ciężarowych)” zostały przez Przystępującego wzięte pod uwagę przy wyliczeniu ceny oferty; to samo dotyczy kosztów pracy kruszarki czy „dostarczenia materiału pod kruszarkę”.

Nie można zaś zgodzić się z twierdzeniem, że Przystępujący „pomija w swojej kalkulacji koszty związane z transportem: zarówno wywozem odpadów do utylizacji / zagospodarowania, jak również przywozem materiałów na teren rozbiórki (piasek zasypowy)”. Koszty „dowozu piasku na zasypki” zostały wprost podane w Wyjaśnieniach, a brak jest podstaw do przyjęcia, że Przystępujący ma ponosić koszty transportu odpadu gruzu z miejsca wykonywania zamówienia, gdyż podmiot, któremu będzie go „odsprzedawał”, nie będzie go odbierał z tego miejsca, zwłaszcza że z treści zawartego w odwołaniu fragmentu oferty datowanej na 4 lipca 2023 r. wynika, że podana w niej cena jednostkowa 450 zł netto nie jest wynagrodzeniem wyłącznie za transport 26 ton odpadu gruzu, lecz wynagrodzeniem za wywóz i utylizację takiego odpadu.

Nie sposób uznać za trafne twierdzenia Odwołującego, iż „nie udowodniono Zamawiającemu, że MEGAKOP zamierza zgodnie z prawem i na warunkach rynkowych wykonać utylizację nawierzchni bitumicznych asfaltowych, stolarki okiennej, papy, wełny i innych materiałów izolacyjnych, odpadów zmieszanych oraz innych odpadów pochodzących z rozbiórki”, mając na uwadze, że jest ono sprzeczne z innym twierdzeniem zawartym w odwołaniu, iż Przystępujący „nie udowodnił, że posiada nabywców zainteresowanych odpłatnym nabyciem odpadów w postaci: nawierzchni bitumicznych asfaltowych, stolarki okiennej, papy, wełny i innych materiałów izolacyjnych, odpadów zmieszanych i innych” - gdyż nie można uznać, że Przystępujący ma udowodnić, że te same odpady będzie zarówno utylizował, jak i sprzedawał – jak i że pomija ono treść Wyjaśnień, z których nie wynika, aby Przystępujący zamierzał utylizować „nawierzchnie bitumiczne asfaltowe, stolarkę okienną, papę, wełnę i inne materiały izolacyjne, odpady zmieszane oraz inne odpady pochodzące z rozbiórki”, a - jak już wskazano powyżej - wynika, że zamierza on „odsprzedawać” destrukcję asfaltową z rozbiórki nawierzchni, a także iż określono w nich koszty utylizacji odpadów „w postaci” papy, materiałów izolacyjnych i odpadów zmieszanych, których wysokość nie była kwestionowana przez Odwołującego.

Ma zaś przy tym rację Odwołujący, że „wśród wyjaśnień i dowodów złożonych przez MEGAKOP brakuje oferty na płukanie i czyszczenie z okładzin zbiorników oraz utylizację popłuczyn i odpadów pozostałych w zbiornikach paliw (2 szt. x 15 m³)”.

Z odwołania nie wynika, dlaczego zawarte w nim twierdzenia w zakresie „materiałów, w tym wykonania zasypania miejsc po likwidowanych obiektach budowlanych” oraz „separacji i zachowaniu istniejącej stacji Trafo” mają wskazywać na naruszenie przez Zamawiającego przepisów Pzp, wobec czego brak było podstaw do przyjęcia, że mogą one mieć znaczenie dla rozstrzygnięcia sprawy.

W związku z zawartymi w Wyjaśnieniach² (a także w piśmie Przystępującego z 18 sierpnia 2023 r.) twierdzeniami, iż w zawartej w Wyjaśnieniach kalkulacji ceny ofertowej „rezerwie kosztowej” ujęto koszty „zabezpieczenia placu budowy jak i wygradzenia tymczasowego”, koszty bieżącego podlewania rozbiórki wodą, polisy, „płukania zbiorników i utylizacji popłuczyn” oraz „separacji i zachowania istniejącej stacji Trafo” należy wskazać, że w rzeczonyj kalkulacji o „rezerwy kosztowej” jest mowa wyłącznie w wierszu „Rezerwa kosztowa na nie przewidziane zdarzenia 5 % sumy powyższych kosztów”, co nakazuje przyjęcie, że w wierszu tym ujęto wyłącznie koszty wynikające ze zdarzeń nieprzewidzianych na chwilę kalkulowania ceny oferty. Nie sposób za takowe uznać kosztów wykonania czynności, których obowiązek wykonania wynika z dokumentów zamówienia, jak „zabezpieczenie placu budowy”, „wygradzenie tymczasowe”, czy „płukanie zbiorników i utylizacji popłuczyn”, jak również kosztów, których konieczność poniesienia wynika z tych dokumentów, jak koszty ubezpieczenia.

Ponadto należy stwierdzić, że w przypadku, gdy wykonawca powołuje się na ujęcie w „rezerwie kosztowej” różnych kosztów wykonania zamówienia, konieczne jest zweryfikowanie, czy jest możliwe ujęcie wszystkich tych kosztów w „rezerwie kosztowej”, a w szczególności, jaka jest łączna ich wysokość, co w Postępowaniu nie zostało dokonane.

Pomimo trafności części twierdzeń Odwołującego dotyczących złożonych przez Przystępującego wyjaśnień i dowodów w zakresie wyliczenia ceny, wobec czego wyliczenia te nie mogły być uznane za w pełni prawidłowe, Izba uznała, że odwołanie nie podlega uwzględnieniu.

Orzekając w granicach przedstawionych w odwołaniu okoliczności faktycznych i prawnych wskazujących na naruszenie przepisów Pzp w związku z zaniechaniem czynności odrzucenia oferty Przystępującego, należało uznać, że obowiązek odrzucenia przez Zamawiającego oferty Przystępującego Odwołujący wywodził z tego, że oferta ta „zawiera rażąco niską cenę, skalkulowaną poniżej minimalnych kosztów wykonania zamówienia, uniemożliwiającą należyte wykonanie zamówienia bez ponoszenia straty przez wykonawcę” oraz że złożone przez Przystępującego wyjaśnienia i dowody w zakresie wyliczenia ceny „potwierdzały, że jego oferta zawiera rażąco niską cenę”. W świetle treści odwołania Izba nie znalazła zaś podstaw do stwierdzenia, że Odwołujący wskazywał w nim, aby przedmiotowy obowiązek wynikał ze tego, że złożone przez Przystępującego wyjaśnienia w zakresie wyliczenia ceny wraz z dowodami nie uzasadniają podanej w ofercie ceny lub kosztu.

Pojęcie rażąco niskiej ceny nie zostało zdefiniowane w Pzp, wydaje się jednak nie ulegać wątpliwości, że rażąco niską ceną w rozumieniu art. 226 ust. 1 pkt 8) Pzp jest cena nierealistyczna, niewiarygodna, oderwana całkowicie od realiów rynkowych, za którą nie jest możliwe wykonanie zamówienia w sposób należyty i opłacalny dla wykonawcy – cena niższa od kosztów wykonania zamówienia.

Wymaga wskazania, że art. 537 pkt 1) Pzp, zgodnie z którym „ciężar dowodu, że oferta nie zawiera rażąco niskiej ceny, spoczywa na wykonawcy, który ją złożył, jeżeli jest stroną albo uczestnikiem postępowania odwoławczego”, nie zwalnia odwołującego wnoszącego odwołanie na zaniechanie odrzucenia oferty wykonawcy z tego powodu, że zawiera ona rażąco niską cenę, z obowiązku przedstawienia w odwołaniu okoliczności faktycznych i prawnych uzasadniających uznanie, że odwołanie jest słuszne, a odwołujący nie może poprzestać na przedstawieniu tezy, że skoro zaistniały podstawy do wszczęcia procedury wyjaśnień rażąco niskiej ceny w trybie art. 224 ust. 1 czy 2 ustawy Pzp, to znaczy, że cena ta musi być rażąco niska, przerzucając ciężar dowodu na wykonawcę, który złożył ofertę lub zamawiającego” (tak Krajowa Izba Odwoławcza w uzasadnieniu wyroku wydanego w postępowaniu sygn. KIO 1679/21, podobnie w uzasadnieniu wyroku Krajowej Izby Odwoławczej z dnia 9 sierpnia 2022 r., wydanego w postępowaniu o sygn. KIO 1910/22).

Odwołujący nie tylko nie twierdził w odwołaniu, że cena oferty Przystępującego jest niższa niż koszty wykonania zamówienia, ale nawet nie wskazywał, o ile koszty wykonania zamówienia, które Przystępujący będzie musiał ponieść, powinny być wyższe niż koszty opisane w złożonych przez niego wyjaśnieniach i dowodach w zakresie wyliczenia ceny. W konsekwencji okoliczności faktyczne przedstawione w odwołaniu nie uzasadniały przyjęcia, że cena oferty Przystępującego nie pokrywa kosztów wykonania zamówienia, które Przystępujący będzie musiał ponieść. Brak było więc podstaw do uznania, iż oferta ta zawiera rażąco niską cenę.

W zakresie zarzutu naruszenia art. 226 ust. 1 pkt 8) i art. 224 ust. 6 w związku z art. 16 pkt 1) – 3) Pzp Izba uznała za nieuzasadniony zarzut naruszenia art. 16 pkt 1) - 3) Pzp. Odwołujący twierdził, że nastąpiło to przez „pominięcie braku wiarygodnych wyjaśnień oraz dowodów, jakie nie zostały złożone przez ww. wykonawców. Skoro Zamawiający żądał złożenia dowodów wraz z wyjaśnieniami, to nie powinien premiować wykonawców, którzy takich dowodów nie dostarczyli. Takie preferencyjne traktowanie wykonawcy MEGAKOP odbyło się bowiem z naruszeniem interesu pozostałych wykonawców, w tym Odwołującego.”.

Należy stwierdzić, że kwestia oceny złożonych przez Przystępującego wyjaśnień i dowodów w zakresie wyliczenia ceny jest kwestią zupełnie odrębną od tego, czy Przystępujący złożył dowody w zakresie wyliczenia ceny. Niewątpliwie jest, że uczynił to zarówno wraz z Wyjaśnieniami, jak i Wyjaśnieniami², wobec czego nie znajdują podstaw twierdzenia, że Przystępujący „nie złożył dowodów”, a w konsekwencji – że Zamawiający „premiuje” wykonawcę, który nie złożył dowodów, „z naruszeniem interesu pozostałych wykonawców, w tym Odwołującego”. Okoliczności przedstawione w odwołaniu nie uzasadniają więc przyjęcia, że w zakresie zaniechania czynności odrzucenia oferty Przystępującego Zamawiający przeprowadził Postępowanie w sposób niezapewniający zachowania uczciwej konkurencji i równego traktowania wykonawców.

Mając ponadto na uwadze, że w odwołaniu nie wskazano, dlaczego „pominięcie braku wiarygodnych wyjaśnień oraz dowodów, jakie nie zostały złożone przez ww. wykonawców” narusza obowiązek prowadzenia Postępowania w zakresie zaniechania czynności odrzucenia oferty Przystępującego w sposób przejrzysty bądź proporcjonalny, brak było podstaw do stwierdzenia, że Zamawiający naruszył art. 16 pkt 1) – 3) Pzp.

W tym stanie rzeczy Izba nie stwierdziła naruszenia przez Zamawiającego art. 226 ust. 1 pkt 8) i art. 224 ust. 6

w związku z art. 16 pkt 1) – 3) Pzp.

Zarzut naruszenia art. 239 ust. 1 Pzp, zgodnie z którym „zamawiający wybiera najkorzystniejszą ofertę na podstawie kryteriów oceny ofert określonych w dokumentach zamówienia” był nieuzasadniony, co było konsekwencją uznania za nieuzasadniony zarzutu naruszenia art. 226 ust. 1 pkt 8) Pzp i art. 224 ust. 6 Pzp w związku z art. 16 pkt 1) – 3) Pzp. W sytuacji, gdy brak było podstaw do przyjęcia, że oferta Przystępującego „podlegała odrzuceniu z powodu rażąco niskiej ceny”, nie znajdowało uzasadnienia uznanie, że dokonanie wyboru tej oferty jako oferty najkorzystniejszej w Postępowaniu naruszało art. 239 ust. 1 Pzp.

Zarzut naruszenia art. 226 ust. 1 pkt 2) lit. b) Pzp był nieuzasadniony.

Jak wynika z treści odwołania, zdaniem Odwołującego oferta Przystępującego powinna zostać odrzucona na podstawie tego przepisu, ponieważ została złożona przez wykonawcę niespełniającego warunku udziału w Postępowaniu określonego w rozdziale IX ust. 1 pkt 3) SWZ, gdyż „pomimo upływu terminu składania ofert oraz terminu uzupełnienia podmiotowych środków dowodach wykonawca MEGAKOP zaniechał uiszczenia składki dla polisy nr 1083149912 z dnia 23 czerwca 2023 r.”. Stanowisko to jest nietrafne.

Nie może ulegać wątpliwości, że w celu potwierdzenia spełnienia ww. warunku udziału w Postępowaniu Przystępujący zobowiązany był zgodnie z rozdziałem X ust. 6 pkt 2) lit. c) SWZ złożyć wyłącznie dokument potwierdzający, że jest on ubezpieczony od odpowiedzialności cywilnej w zakresie prowadzonej działalności związanej z przedmiotem zamówienia na sumę gwarancyjną nie niższą niż 8.000.000 złotych. Bezsporne było, że załączony do datowanego na 17 lipca 2023 r. pisma przekazanego Zamawiającemu przez Przystępującego pismo dokument zatytułowany „Polisa ubezpieczenia odpowiedzialności cywilnej ogólnej Nr 1083149912” jest dokumentem potwierdzającym, że Przystępujący ubezpieczony od odpowiedzialności cywilnej w zakresie prowadzonej działalności związanej z przedmiotem zamówienia na sumę gwarancyjną wynoszącą 8.000.000 złotych. W konsekwencji uznać należało, że Przystępujący złożył dokument określony w rozdziale X ust. 6 pkt 2) lit. c) SWZ, a tym samym potwierdził spełnienie warunku udziału w Postępowaniu określonego w rozdziale IX ust. 1 pkt 3) SWZ.

Twierdzenia Odwołującego dotyczące kwestii zapłacenia przez Przystępującego składki ubezpieczeniowej nie miały znaczenia dla oceny zasadności przedmiotowego zarzutu w świetle treści postanowień SWZ, które nie określały, że ww. warunek będzie spełniony, jeżeli wykonawca zapłaci składkę ubezpieczeniową należną na podstawie umowy ubezpieczenia, na podstawie której wykonawca jest ubezpieczony od odpowiedzialności cywilnej w zakresie prowadzonej działalności związanej z przedmiotem zamówienia, a także nie zawierały żądania od wykonawców złożenia dokumentu potwierdzającego zapłatę tej składki.

W tym stanie rzeczy brak jest podstaw do uznania, że oferta Przystępującego została złożona przez wykonawcę niespełniającego warunku udziału w Postępowaniu określonego w rozdziale IX ust. 1 pkt 3) SWZ, wobec czego Zamawiający zobowiązany był odrzucić tą ofertę na podstawie art. 226 ust. 1 pkt 2) lit. b) Pzp – a w konsekwencji stwierdzenia naruszenia tego przepisu.

O kosztach postępowania odwoławczego orzeczono na podstawie art. 557 i art. 575 Pzp oraz § 2 ust. 1 pkt 1), § 5 pkt 1) oraz § 8 ust. 2 zdanie pierwsze 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.

Zgodnie z art. 557 Pzp „w wyroku oraz w postanowieniu kończącym postępowanie odwoławcze Izba rozstrzyga o kosztach postępowania odwoławczego”, stosownie zaś do art. 575 Pzp strony oraz uczestnik postępowania odwoławczego wnoszący sprzeciw ponoszą koszty postępowania odwoławczego stosownie do jego wyniku. Z § 2 ust. 2 pkt 1) ww. rozporządzenia wynika, że wysokość wpisu wnoszonego w postępowaniu o udzielenie zamówienia na usługi o wartości mniejszej niż progi unijne, o których mowa w art. 3 ust. 1 Pzp, wynosi 10.000 złotych. Stosownie do § 5 pkt 1) ww. rozporządzenia do kosztów postępowania odwoławczego zalicza się wpis. § 8 ust. 2 zdanie pierwsze ww. rozporządzenia stanowi, że „w przypadku oddalenia odwołania przez Izbę w całości, koszty ponosi odwołujący”.

Wobec oddalenia odwołania zgodnie z § 8 ust. 2 pkt 1) ww. rozporządzenia kosztami postępowania obciążono Odwołującego, zaliczając stosownie do § 5 pkt 1) ww. rozporządzenia, do kosztów postępowania odwoławczego wpis od odwołania w wysokości uiszczonej przez Odwołującego, tj. 10. 000 złotych.

Przewodniczący:.....