Sygn. akt: KIO 2075/23
KIO 2099/23

WYROK
z dnia 1 sierpnia 2023 r.

Krajowa Izba Odwoławcza - w składzie:

Przewodniczący:Jolanta Markowska
Protokolant: Adam Skowroński

po rozpoznaniu na rozprawie w dniu 28 lipca 2023 r. w Warszawie odwołań wniesionych do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej:

A.w dniu 17 lipca 2023 r. przez wykonawcę: **T.K.J. M. Sp. J, ul. Porucznika Krzycha 5, 86-300 Grudziądz(sygn. akt: KIO 2075/23),**

B. w dniu 17 lipca 2023 r. przez wykonawcę: **ENERGOKON-PLUS Sp. z o.o., ul. Ludwika Mierosławskiego 3, 41-200 Sosnowiec (sygn. akt: KIO 2079923),**

w postępowaniu prowadzonym przez zamawiającego: **Powiat Kartuski, ul. Dworcowa 1, 83-300 Kartuzy,**

przy udziale wykonawcy: **GLOBETEK Sp. z o.o.ul. Leśna 83, 41-506 Chorzów** zgłaszającego przystąpienie do postępowania odwoławczego o sygn. akt: **KIO 2099/23** po stronie odwołującego,

przy udziale wykonawcy: **P.Z. prowadzący działalność gospodarczą pod firmą P.Z. Firma Handlowo-Usługową ul. Kusocińskiego 6/56, 88-100 Inowrocław** zgłaszającego przystąpienia do postępowania odwoławczego o sygn. akt: **KIO 2075/23, KIO 2099/23** po stronie zamawiającego,

orzeka:

1. **uwzględnia odwołanie o sygn. akt KIO 2075/23 w zakresie zarzutów naruszeniaart. 226 ust. 1 pkt 8 w zw. z art. 224 ust. 1 oraz art. 16 i 17 ustawy Pzp, poprzez zaniechanie odrzucenia ofertyzłożonej przez wykonawcę: P.Z. prowadzący działalność gospodarczą pod firmą P.Z. Firma Handlowo-Usługową oddala odwołanie w pozostałym zakresie;**
2. **uwzględnia odwołanie o sygn. akt KIO 2099/23 w zakresie zarzutów naruszeniaart. 239 ust. 1 ustawy Pzp, poprzez dokonanie wyboru oferty wykonawcy P.Z. prowadzący działalność gospodarczą pod firmą P.Z. Firma Handlowo-Usługową jako oferty najkorzystniejszej**; **art. 224 ust. 1 w zw. z art. 224 ust. 6 ustawy Pzp, poprzez zwrócenie się do wykonawcy T.K.J. M. Sp.j. z wezwaniem z dnia 2 czerwca 2023 r. oraz art. 226 ust. 1 pkt 8 i art. 224 ust. 6 w zw. z art. 16 pkt 1, 2 i 3 ustawy Pzp, poprzez zaniechanie odrzucenia oferty złożonej przez wykonawcę: P.Z. prowadzący działalność gospodarczą pod firmą P.Z. Firma Handlowo-Usługowa oraz oferty złożonej przez wykonawcę: T.K.J. M. Sp.j.; oddala odwołanie w pozostałym zakresie;**
3. **nakazuje zamawiającemu: Powiat Kartuski unieważnienie czynności wyboru oferty najkorzystniejszej, powtórzenie czynności badania i oceny ofert oraz powtórzenie czynności wyboru oferty najkorzystniejszej;**
4. kosztami postępowania odwoławczego obciąża zamawiającego: **Powiat Kartuski** oraz wykonawcę: **T.K.J. M. Sp. J.** i wykonawcę: **ENERGOKON-PLUS Sp. z o.o.,** i:

4.1. zalicza w poczet kosztów postępowania odwoławczego:

A. kwotę **10 000 zł 00 gr** (słownie: dziesięć tysięcy złotych zero groszy) uiszczoną przez wykonawcę: **T.K.J. M. Sp. J., ul. Porucznika Krzycha 5, 86-300 Grudziądz,** tytułem wpisu od odwołania,

B. kwotę **10 000 zł 00 gr** (słownie: dziesięć tysięcy złotych zero groszy) uiszczoną przez wykonawcę: **ENERGOKON-PLUS Sp. z o.o., ul. Ludwika Mierosławskiego 3, 41-200 Sosnowiec** tytułem wpisu od odwołania,

4.2. zasądza kwotę **7 067 zł 050 gr** (słownie: siedem tysięcy sześćdziesiąt siedem złotych pięćdziesiąt groszy) od zamawiającego: **Powiat Kartuski, ul. Dworcowa 1, 83-300 Kartuzy** na rzecz wykonawcy: **T.K.J. M. Sp. J., ul. Porucznika Krzycha 5, 86-300 Grudziądz,** stanowiącą ½ kosztów poniesionych z tytułu wpisu, wynagrodzenia pełnomocnika, dojazdu na posiedzenie i opłaty skarbowej;

4.3. zasądza kwotę **6 800 zł 00 gr** (słownie: sześć tysięcy osiemset złotych zero groszy) od zamawiającego: **Powiat Kartuski, ul. Dworcowa 1, 83-300 Kartuzy** na rzecz wykonawcy: **ENERGOKON-PLUS Sp. z o.o., ul. Ludwika Mierosławskiego 3, 41-200 Sosnowiec,** stanowiącą ½ kosztów poniesionych z tytułu wpisu i wynagrodzenia pełnomocnika.

Stosownie do art. 579 ust. 1 i art. 580 ust. 1 i 2 ustawy z dnia 11 września 2019r. - Prawo Zamówień Publicznych (t.j. Dz. U. z 2022 r. poz. 1710 ze zm.), na niniejszy wyrok - w terminie 14 dni od dnia jego doręczenia - przysługuje skarga za pośrednictwem Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej do **Sądu Okręgowego w Warszawie.**

Przewodniczący: ……

Sygn. akt: KIO 2075/23

KIO 2099/23

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

Zamawiający, Powiat Kartuski, prowadzi postępowania o udzielenie zamówienia publicznego w trybie podstawowym z możliwością negocjacji na podstawie art. 275 pkt 2 ustawy z dnia 11 września 2019 r. - Prawo zamówień publicznych (Dz. U. poz.2019 z późn. zm.), dalej: „Pzp" w przedmiocie: „Rozbiórka budynku produkcyjnego i dwóch obiektów pomocniczych usytuowanych w Żukowie oraz uporządkowanie terenu po dokonanej rozbiórce". Ogłoszenie o zamówieniu zostało opublikowane w Biuletynie Zamówień Publicznych pod nr: 2023/BZP 00144301 z dnia 31 marca 2023 r.

W dniu 12 lipca 2023 r. Zamawiający przekazał wykonawcom informację o wyborze oferty najkorzystniejszej.

A.KIO 2075/23

Wykonawca, T.K.J. M. Spółka Jawna z siedzibą w Grudziądzu na podstawie art. 513 pkt 1 i 2 w zw. z art. 505 ust. 1 Pzp wniósł odwołanie wobec czynności i zaniechań Zamawiającego, polegających na:

- wyborze oferty wykonawcy Patryka Z.ego prowadzącego działalność gospodarczą pod firmą FHU P.Z. z siedzibą w Inowrocławiu, jako najkorzystniejszej,
- zaniechaniu odrzucenia oferty FHU P.Z.,

względnie:

- zaniechaniu ponownego wezwania wykonawcy FHU P.Z. do złożenia wyjaśnień rażąco niskiej ceny.

Odwołujący zarzucił naruszenie przez Zamawiającego przepisów:

1) art. 226 ust. 1 pkt 2 lit. b Pzp, poprzez zaniechanie odrzucenia oferty FHU P.Z., jako że wykonawca nie spełnia warunków udziału w postępowaniu, gdyż zgodnie z Rozdziałem XV SWZ pkt 2 ppkt 4 Zamawiający wymagał od wykonawców posiadania zdolności zawodowej w postaci dysponowania kierownikiem robót budowlanych rozbiórkowych, tj. co najmniej jedną osobą skierowaną przez wykonawcę do realizacji zamówienia publicznego, odpowiedzialną za kierowanie robotami budowalnymi, która zrealizowała co najmniej jedną robotę budowlaną polegającą na rozbiórce budynku o wartości co najmniej 500.000 zł brutto, podczas gdy wykonawca w toku postępowania przedstawił osoby, co do których nie wykazano w sposób adekwatny, że spełniają kryterium doświadczenia i z dozwoleniem wprowadzania kolejnych osób do postępowania.

W przypadku nieuznania powyższego zarzutu:

2) art. 226 ust. 1 pkt 8 w zw. z art. 224 ust. 1 Pzp oraz art. 16 i 17 Pzp**,** poprzez zaniechanie odrzucenia oferty wykonawcy FHU P.Z, pomimo, że nie podołał on obowiązkowi udzielenia wyczerpujących wyjaśnień w zakresie rażąco niskiej ceny oraz złożenia w tym zakresie dowodów oraz pomimo, iż z wyjaśnień tych wynikało, że zaoferował rażąco niską cenę w postępowaniu, co doprowadziło do naruszenia zasady uczciwej konkurencji oraz równego traktowania wykonawców,

względnie:

3) art. 224 ust. 1 Pzp**,** poprzez zaniechanie ponownego wezwania wykonawcy FHU P.Z. do złożenia wyjaśnień, jeżeli po złożeniu wyjaśnień pojawiły się u Zamawiającego jakieś wątpliwości co do realności zaoferowanej przez nich ceny ofertowej.

Odwołujący wniósł o uwzględnienie odwołania oraz o nakazanie Zamawiającemu:

1. unieważnienia czynności dokonania wyboru najkorzystniejszej oferty,
2. powtórzenia czynności badania i oceny ofert,
3. odrzucenia oferty wykonawcy FHU P.Z. ze względu na:

a) niespełnienie warunków udziału w postępowaniu - w przypadku uznania zarzutu określonego w pkt 1 odwołania,
b) rażąco niską cenę - w przypadku uznania zarzutu określonego w pkt 2 odwołania.

Odwołujący wniósł o zasądzenie od Zamawiającego na rzecz Odwołującego kosztów postępowania według spisu kosztów, który zostanie przedłożony na rozprawie.

Odwołujący wyjaśnił, że posiada interes w złożeniu odwołania, ponieważ zaniechania oraz czynności Zamawiającego dokonane z naruszeniem ww. przepisów doprowadziły do zaniechania odrzucenia oferty FHU P.Z. oraz wyboru tej oferty jako najkorzystniejszej, co spowodowało, że oferta Odwołującego, która została skalkulowana w sposób rzetelny i uwzględniający wszystkie wymagania zawarte w dokumentach zamówienia (co zostało potwierdzone

szczegółowymi wyjaśnieniami oraz dołączonymi do nich dowodami), została zakwalifikowana z drugą ilością punktów zdobytych w postępowaniu. Zatem, gdyby nie zaniechania oraz czynności Zamawiającego, podjęte w toku postępowania, Odwołujący uzyskałby przedmiotowe zamówienie, ponieważ zaoferował najkorzystniejszą ofertę, niepodlegającą odrzuceniu. W przypadku ewentualnego oddalenia odwołania, Odwołujący poniesie szkodę w postaci utraty możliwości uzyskania przedmiotowego zamówienia.

Odwołujący wskazał, że w toku postępowania złożone zostały 24 oferty. Zamawiający w Specyfikacji Warunków Zamówienia (SWZ) wskazał, że przy wyborze najkorzystniejszej oferty będzie kierował się następującymi kryteriami i ich wagami:

Nr kryterium	Kryteria oceny	Znaczenie (waga)
I	Cena	60 %
II	Doświadczenie zawodowe osoby wyznaczonej jako Kierownik robót budowlanych (rozbiórkowych)	10 %
III	Termin realizacji przedmiotu zamówienia	30%
	Razem:	100%

Zamawiający w dniu 15 maja 2023 r. wezwał wykonawcę FHU P.Z. i Odwołującego do złożenia wyjaśnień w zakresie rażąco niskiej ceny, wskazując, że wezwanie zostało skierowane ze względu na różnicę ceny oferty w stosunku od wartości zamówienia ustalonej przed wszczęciem postępowania oraz od średniej arytmetycznej cen wszystkich złożonych ofert. Zamawiający wskazał, że oczekuje złożenia wyjaśnień w tym dowodów w zakresie wyliczenia ceny.

Zarówno FHU P.Z., jak i Odwołujący udzielili wyjaśnień w przewidzianym przez Zamawiającego terminie.

W dniu 2 czerwca 2023 r. Zamawiający ponownie wezwał ww. wykonawcę i Odwołującego do złożenia dodatkowych wyjaśnień, dotyczących w przypadku wykonawcy:

- szczegółowych wyliczeń poszczególnych pozycji kalkulacji z dnia 18.05.2023 r.,
- wyjaśnień treści załącznika nr 5 do wyjaśnień rażąco niskiej ceny wykonawcy,
- wskazanie pozycji kalkulacji kosztu związanego z nie dopuszczeniem do kruszenia w miejscu rozbiórki.

Zarówno wykonawca FHU P.Z., jak i Odwołujący ponownie udzielili wyjaśnień w przewidzianym przez Zamawiającego terminie.

W dniu 27 czerwca 2023 r. oraz 29 czerwca 2023 r. Zamawiający zwrócił się do wykonawcy FHU P.Z. o przedstawienie wykazu osób skierowanych przez wykonawcę do realizacji zadania, przedstawienie wykazu robót budowlanych oraz wyjaśnienia uprawnień budowlanych osób wskazanych przez wykonawcę do realizacji zamówienia publicznego. Na powyższe wykonawca udzielił odpowiedzi we wskazanych terminach.

W dniu 12 lipca 2023 r. Zamawiający poinformował o dokonaniu wyboru oferty FHU P.Z. jako najkorzystniejszej.

1. Oferta wykonawcy FHU P.Z. i ocenia spełniania warunków udziału w postępowaniu oraz kryterium

Wykonawca FHU P.Z. złożył ofertę na kwotę 799 254,00 zł brutto.

Zdaniem Odwołującego, doszło do naruszenia art. 226 ust. 1 pkt 2 lit. b Pzp, poprzez zaniechanie odrzucenia oferty jako że wykonawca FHU P.Z. nie spełnia warunków udziału w postępowaniu, zgodnie z Rozdziałem XV SWZ pkt 2 ppkt 4 SWZ.

W powyższym zakresie Przystępujący zadeklarował, że dysponuje osobą o odpowiednim doświadczeniu zawodowym wyznaczoną jako Kierownik robót budowlanych (rozbiórkowych), która kierowała co najmniej jedną robotą budowlaną polegającą na rozbiórce budynku lub/i zespołu budynków o wartości co najmniej 500 000,00 zł brutto. Tą osobą miał być Pan G.K..

Przystępujący wskazał, że Pan Krukowski zdobył owe doświadczenie przy realizacji zamówienia na „Rozbiórkę obiektu hotelowo-usługowego przy ul. Okopowej w Warszawie", wartość brutto zamówienia – 1 414 500,00 zł, a Zamawiającym był wówczas Powiatowy Inspektor Nadzoru Budowlanego w Warszawie.

Przystępujący na żadnym etapie postępowania nie udowodnił, że Pan Krukowski rzeczywiście pełnił samodzielną funkcję techniczną w budownictwie podczas tej realizacji. Ponadto, nie wskazał dokładnego adresu prac przy ul. Okopowej.

Zamawiający w toku korespondencji w dniu 27 czerwca 2023 r. wezwał Przystępującego do złożenia wykazu osób będących w dysponowaniu, mogących pełnić samodzielną funkcję techniczną w budownictwie oraz wykazu wykonanych robót budowlanych wraz z dowodami. Takowe wykazy Przystępujący przedstawił, załączając „Decyzję o stwierdzeniu przygotowania zawodowego" Pana Krukowskiego oraz referencje z realizacji rozbiórki „Budynku Usługowo Hotelowo Restauracyjnego przy ul. Okopowej 65 w Warszawie" o wartości zamówienia 870 840,00 zł brutto, wykonanej w okresie od dnia 6.12.2019r. do dnia 11.03.2020r.

Zdaniem Odwołującego, jest to ta sama rozbiórka, którą wskazał wykonawca jako doświadczenie Pana

Krukowskiego przy pracach rozbiórkowych. Niezwykłą rzadkością jest bowiem, aby Powiatowy Inspektorat Nadzoru Budowlanego w Warszawie zlecał więcej niż 1 rozbiórkę na ul. Okopowej (nie podano adresu ul. Okopowej). Ponadto, wartość brutto zamówienia, przy którym Pan Krukowski zbierał doświadczenie jest tożsama z wartością robót zleconych firmie P.H.U. REC-TOM w 2019 przez PINB w Warszawie.

Odwołujący zwrócił uwagę, że w referencjach Przystępującego nie wskazano, kto był Kierownikiem robót budowlanych (rozbiórkowych), jednak z materiałów z tamtego okresu, ogólnie dostępnych w Internecie, znajduje się zdjęcie tablicy informacyjnej budowy z wymienionym kierownikiem budowy, którym nie był Pan Krukowski a Edward Borusiewicz.

Zamawiający nie poddał pod wątpliwość braku dowodów doświadczenia Pana Krukowskiego lecz formę jego uprawnień budowlanych i zakres funkcji, które może on w związku z nimi wykonywać. Wezwał więc w dniu 29 czerwca 2023 r. po weryfikacji dokumentów przedstawionych przez Przystępującego, do wyjaśnień.

W toku wyjaśnień Przystępujący przedstawił „rezerwowego kierownika budowy" Pana Tadeusza Broczkowskiego. Doświadczenie zawodowe Pana Broczkowskiego udowodnione zostało tylko na podstawie oświadczenia Przystępującego. Zdaniem Odwołującego, nie jest to dowód rzetelny, wiarygodny i potwierdzony niezależnym dokumentem.

Zamawiający dodatkowo przyznał ww. wykonawcy w kryterium II oceny ofert maksymalną ilość punktów bez oceny doświadczenia przedstawionych osób, bez przedstawienia dowodów i z dozwoleniem wprowadzania kolejnych osób do postępowania i ewentualnie procesu budowlanego bez akceptacji czy zgody Zamawiającego (w toku trwania Umowy wymaga to aneksu). Tymczasem, w ocenie Odwołującego, oferta Przystępującego podlega odrzuceniu, albowiem Przystępujący nie przedstawił osoby, co do której wykazałby, że jej doświadczenie spełnia warunki udziału w postępowaniu.

2. Wyjaśnienie rażąco niskiej ceny

W ocenie Odwołującego, złożone przez Przystępującego wyjaśnienia w żaden sposób nie wykazują, iż założona przez tego wykonawcę oferta nie zawiera rażąco niskiej ceny. W szczególności, wyjaśnienia nie odpowiadają wezwaniu Zamawiającego, a ponadto, ich treść potwierdza, że wykonawca nie wliczył wszystkich kosztów wykonania zamówienia celowo zaniżając swoją ofertę.

Odwołujący po analizie wyjaśnień złożonych przez Przystępującego wskazał:

- wyjaśnienia są lakoniczne – stanowią zbiór kosztów składających się na cenę ofertową bez dowodów i uzasadnień a przyjęte ceny jednostkowe są nierealne i nierynkowe;
- do wyjaśnień Przystępujący, wbrew dyspozycji Zamawiającego, nie dołączył pełnych dowodów potwierdzających wysokość kosztów. Przedstawione oferty są szczątkowe, nie zawierają pełnych danych handlowych, warunków transportu, załadunku etc.
- główne założenie przedstawionej kalkulacji, tj. pozyskanie ziemi do zasypu niecki po budynku, które ma obniżyć koszty wykonywanych robót jest niemożliwe do zrealizowania – wykonawca nie posiada decyzji na przetwarzanie odpadów na terenie inwestycji, co można w łatwy sposób sprawdzić za pomocą ogólnodostępnej wyszukiwarki rejestru BDO Oznacza to, że nie może przyjąć ziemi z wykopu pozbieranej na podstawie okolicznych ogłoszeń i wbudować ją trwale na działce Zamawiającego, co wynika wprost od 23.01.2013 r. z art. 2 pkt 3 ustawy o odpadach z dnia 14 grudnia 2012 r.

Odwołujący wskazał Zamawiającemu w pkt d) swoich wyjaśnień rażąco niskiej ceny z dnia 19 maja 2023, że taki urobek ziemi jest odpadem i aby go wbudować, wymagane jest przetworzenie ziemi przez inny podmiot, a kosztów tej usługi i transportu ww. wykonawca nie wliczył w cenę ofertową.

Zdaniem Odwołującego, Przystępujący celowo zaniżył swoją ofertę, nie ujmując w koszcie - zakupu ziemi do zasypania. Przedstawione przez Przystępującego ogłoszenie na oddanie ziemi jest nieaktualne i nie było aktualne podczas analizy ofert Zamawiającego, na co sam Zamawiający zwrócił uwagę. Odwołujący podkreślił, że ogłoszenia znajdujące się na portalu olx.pl nie zawierają kosztów załadunku (po stronie odbierającego) oraz ilości w poszczególnych ogłoszeniach są szczątkowe. Do zasypania budynku potrzebne jest bowiem około 9 000 ton ziemi (kalkulacja własna Odwołującego, który przyjął koszt 221 250.00 zł brutto zakupu ziemi w swojej ofercie).

Przystępujący niepoprawnie też skalkulował koszty pracowników lub założył realizację prac zatrudniając świeżą kadrę, co znacząco obniża ocenę doświadczenia wykonawcy. Wykonawca nie ujął bowiem w swojej ofercie kosztów noclegów oraz diet, co winien zapewnić swoim pracowników oraz nie ujął kosztów codziennego przejazdu pracowników ze swojej siedziby oddalonej o 219 km od miejsca prowadzenia prac. Wykonawca nie wykazał bowiem, że posiada zasoby ludzkie w miejscu prowadzenia prac.

Wykonawca w pkt IV wyjaśnień z dnia 18 maja 2023 r. wskazał wyraźnie, że wszyscy pracownicy „będą" zatrudnieni na podstawie umowy o pracę. Z zamierzeniem i celowo wykonawca zastosował formę przyszłą czasownika, co sugeruje, że na moment składania oferty nie posiadał kadry mogącej wykonać przedmiot zamówienia. Prawdopodobnie wykonawca przystąpi do rekrutacji pracowników dopiero po podpisaniu umowy. Tworzy to duże

zagrożenia w okresie realizacji robót, które z uwagi na swą specyfikę są szczególnie niebezpieczne według wytycznych Bezpieczeństwa i Higieny Pracy, a wykonanie ich przez niedoświadczonych pracowników potęguje możliwe niebezpieczeństwa.

W pkt V wyjaśnień Przystępujący wskazał, że zatrudnia pracowników i określił schemat wykonywanych działań: „Wykonawca do wykonywania prac używa w większości sprzętu mechanicznego i w większości prace związane z rozbiórką obiektów wykonywane są za pomocą maszyn ma wpływ na szybsze i tańsze wykonywanie prac", „Wykonawcza podczas prac rozbiórkowych wykorzystuje w większości sprzęt i maszyny, które są jego własnością"

Z powyższego wynika, że tylko większość wykorzystywanych przez niego maszyn jest jego własnością. W kalkulacji przyjętych przez niego kosztów na próżno jednak szukać kosztów najmu pozostałego sprzętu.

Przystępujący przedstawił również lakoniczny, nie poparty dowodami wykaz sprzętu przewidzianego do realizacji zadania. Wynika z niego, że chce on wykonać rozbiórkę dwoma koparkami, choć wskazał wcześniej, że oddelegowanych przez niego 6 pracowników wykonuje większość prac mechanicznie. Jak wiadomo, koparki są maszynami przystosowanymi do operowania przez 1 osobę.

Przystępujący nie dokonał zróżnicowania pracowników na operatorów maszyn, kierowców itp. Nie wyszczególnił również w wynagrodzeniu osoby kierującej pracami (brygadzisty), natomiast prace rozbiórkowe obligatoryjnie wymagają stałego nadzoru osoby do tego wykwalifikowanej.

Odwołujący wskazał, że nierealna jest kwota wynagrodzenia kierownika budowy w wysokości 8000 zł w odniesieniu do całości zamówienia. Osoby pełniące samodzielne funkcje techniczne w budownictwie, pełniący stały nadzór nad pracami szczególnie niebezpiecznymi, nie mogą otrzymywać wynagrodzenia w wysokości 2 666,67 zł/miesiąc. Jest to niezgodne z zasadami doświadczenia życiowego i aktualnymi warunkami rynkowymi. Jest to kwota nierealna, rażąco zaniża cenę oferty i jest poniżej minimalnego wynagrodzenia za pracę. Zamawiający wymaga zatrudnienia osób na podstawie umowy o pracę, tymczasem zgodnie z Rozporządzeniem Rady Ministrów z dnia 13 września 2022 r. w sprawie wysokości minimalnego wynagrodzenia za pracę od dnia 1 lipca 2023 r. ustala się minimalne wynagrodzenie za pracę w wysokości 3600 zł. Dodatkowo, w przypadku ustanowienia jako kierownika rozbiórki pana Broczkowskiego, to za wynagrodzenie w tej kwocie musiałby on dojeżdżać z Berlina. Dowodzi to, że Przystępujący skalkulował ofertę w sposób nierzetelny, niespójny i nierealny, a Zamawiający nie dokonał prawidłowej weryfikacji w tym zakresie.

Dodatkowo, Przystępujący nie ujął w swojej ofercie utylizacji materiałów pochodzących z rozbiórki, choć ich obecność w budynku w sposób jasny wynika z załączonej przez Zamawiającego dokumentacji, z którą wykonawca oświadczył, że się zapoznał i nie wnosi żadnych zastrzeżeń co do ich spójności.

W przedstawionej ofercie od firmy Gabrex na przyjęcie gruzu, podmiot Gabrex wycenił odbiór „czystego gruzu betonowego". Budynki w Żukowie, przeznaczone do rozbiórki zbudowane są również z materiałów budowlanych takich jak cegła czy beton komórkowy. Ich ilość wynika z załączonej przez Zamawiającego ekspertyzy (plik 007-EB-DRPczęść opisowa) czy przedmiarów. Na dowód występowania tych materiałów Odwołujący załączył zdjęcia z wizji lokalnej organizowanej przez Zamawiającego.

Gruz pochodzący z rozbiórki obiektów jest odpadem, wymagającym utylizacji bądź zdatnym do przetworzenia w specjalistycznych podmiotach świadczących takie usługi. Wykonawca nie ujął w swojej ofercie przekazania do utylizacji gruzu nie będącego pochodzenia betonowego, którego odbiór jest rynkowo dwa razy droższy od betonowego, czym rażąco zaniżył wysokość swojej oferty.

Przystępujący przedstawił utylizację papy odpadowej w ilości 92m3 i szczątkową ofertę „KP7 – 5000 zł netto dla Gdańska". Wykonawca założył więc przekazanie do utylizacji 92m3/6m3 ładowności – 15,3 kontenerów o dopuszczalnej masie ładowności 4 tony co daje 61,2 tony łącznie oddanej do utylizacji papy odpadowej. Tymczasem Zamawiający wskazał wyraźnie w udostępnionym przedmiarze konieczność utylizacji papy w ilości 136,65 tony (pozycja 27 przedmiaru) oraz 21,45 tony (pozycja 57 przedmiaru). Wykonawca obniżył więc swoją ofertę o koszt utylizacji ponad połowy papy odpadowej, na co Zamawiający zezwolił.

Wykonawca nie przedstawił również kosztu utylizacji pozostałych odpadów – styropianu, folii, pianki. Fakt ich występowania w budynku potwierdza ekspertyza techniczna oraz zdjęcia z wizji lokalnej. Odwołujący oszacował ich ilość na 30 ton.

Powyżej wymienione braki w utylizacji odpadów świadczą o tym, że wykonawca może celowo wykonać zakres robót niezgodnie z przepisami gospodarki o odpadach i rażąco zaniżył swoją ofertę względem innych oferentów.

Odwołujący wskazał, że Przystępujący nie ujął kosztów transportu sprzętu, a podane koszty pracy koparek są nierynkowe i rażąco niskie (73,44 zł/mtg za pracę koparki gąsienicowej wraz z amortyzacją jest ceną nierealną). Nieznane jest też miejsce stacjonowania maszyn, jednak są to kolejne pominięte przez wykonawcę istotne punkty kosztów.

Wykonawca wskazał na okoliczność, która pozwala mu obniżyć cenę - fakt odzysku dużej ilości stali złomowej, co nie

jest okolicznością wyjątkową, bowiem taka sama ilość jest dostępna w budynkach przeznaczonych do rozbiórki dla każdego oferenta tego postępowania.
Wykonawca zadeklarował zrealizowanie całości zamówienia w terminie 3 miesięcy od dnia zawarcia umowy, co przy zatrudnieniu 6 pracowników, wywozu gruzu własnymi autami, dostawy ziemi własnymi autami oraz załadunku własnymi koparkami (dwoma koparkami) Odwołujący ocenia na nierealne.

W konsekwencji, oferta wykonawcy PHU P.Z., powinna zostać odrzucona ze względu na wystąpienie rażąco niskiej ceny.

Zgodnie z art. 224 ust. 5 Pzp, obowiązek wykazania, że oferta nie zawiera rażąco niskiej ceny lub kosztu, spoczywa na wykonawcy. Powyższe wynika z konstrukcji przepisu, pozwalającej na wnioskowanie, iż skierowanie przez zamawiającego wezwania do wykonawcy na podstawie art. 224 ust. 1 u.p.z.p. statuuje swoiste „domniemanie" wystąpienia rażąco niskiej ceny (tak m.in. wyroku Krajowej Izby Odwoławczej z dnia września 2020 KIO 1856/20).

W związku z istnieniem domniemania wystąpienia rażąco niskiej ceny, ciążący na wykonawcy obowiązek jego wzruszenia, implikuje konieczność złożenia wyczerpujących i konkretnych wyjaśnień, potwierdzonych dowodami, których będzie jednoznacznie wynikać że cena jest prawidłowo skalkulowana, rynkowa oraz umożliwia zrealizowanie zamówienia zgodnie z wymaganiami zamawiającego. Oznacza to, że wykonawca nie może złożyć wyjaśnień jakichkolwiek, tj. ogólnych, nieodnoszących się do konkretnie wskazanych przez zamawiającego w wezwaniu okoliczności, które nie mogą skutecznie obalić domniemania rażąco niskiej ceny.

Przepis art. 224 ust. 5 Pzp stanowi o „wykazaniu", co należy rozumieć jako „udowodnienie". Zatem, wyjaśnienia powinny być szczegółowe i konkretne na tyle, aby zamawiający mógł się z nich dowiedzieć, jakie dokładnie czynniki wpłynęły na obniżenie ceny i czy za zaproponowane wynagrodzenie wykonawca jest w stanie zrealizować całość zamówienia (wyrok Krajowej Izby Odwoławczej z dnia 7 listopada 2017 r., KIO 2221/17).

Odwołujący powołał się na orzecznictwo, z którego wynika, że wykonawca w toku wyjaśniania rażąco niskiej zobowiązany jest w sposób wyczerpujący odnieść się do katalogu okoliczności, o których mowa w art. 224 ust. 3 Pzp, w treści wezwania zamawiającego i wykazać (a zatem udowodnić), że proponowana cena została prawidłowo skalkulowana. Ciężar dowodu tym bardziej spoczywał na wykonawcy, ponieważ Zamawiający wprost pouczył w wezwaniu, iż brak dowodów na potwierdzenie zaniżenia ceny, będzie powodować negatywną ocenę wyjaśnień. Pomimo tak jednoznacznego pouczenia, Wykonawca nie złożył żadnych (lub złożyli wyłącznie nieprzydatne) dowodów, zaś Zamawiający, wbrew uprzednio wyrażonej regule, uznał te wyjaśnienia za wyczerpujące.

Odwołujący podkreślił także, że ze względu na precyzyjne wezwanie, wyjaśnień Przystępującego nie można potraktować jako prawidłowych, wyczerpujących oraz potwierdzających właściwe skalkulowanie ceny. W takiej sytuacji, Zamawiający powinien dokonać odrzucenia oferty.

Odwołujący wyjaśnił, że formułuje ewentualny zarzut zaniechania ponownego wezwania do wyjaśnień Przystępującego, w przypadku, gdyby Izba uznała, że podstawy do takiego wezwania istnieją. Zamawiający w oparciu o złożone wyjaśnienia wykonawcy nie mógł podjąć decyzji o wyborze najkorzystniejszej oferty i powinien przynajmniej powziąć wątpliwości w zakresie wymienionych przez Odwołującego okoliczności. W konsekwencji, Zamawiający winien był przynajmniej wezwać wykonawcę do ponownego wyjaśnienia w zakresie rażąco niskiej ceny (aczkolwiek, zgodnie z generalną oceną Odwołującego, podstaw do ponownego wezwania nie było). Zamawiający jednak zaniechał tej czynności, arbitralnie uznając wyjaśnienia wykonawcy za prawidłowe, czym naruszył art. 16 i 17 Pzp.

B.KIO 2099/23

Wykonawca Energokon-Plus Sp. z o. o. z siedzibą w Sosnowcu, na podstawie art. 513 pkt 1) i 2) w zw. z art. 505 ust. 1 Pzp wniósł odwołanie wobec czynności (zaniechań) Zamawiającego, polegających na:

1.dokonaniu wyboru oferty wykonawcy FHU P.Z., jako najkorzystniejszej w postępowaniu;

2.zaniechaniu odrzucenia oferty wykonawcy FHU P.Z., zawierającej cenę 799 254,00 zł brutto – stanowiącą cenę rażąco niską, w szczególności wobec braku złożenia odpowiednich dowodów na potwierdzenie wiarygodności złożonych wyjaśnień;

3.zaniechaniu odrzucenia oferty wykonawcy FHU P.Z., mimo że jej treść jest niezgodna z warunkami zamówienia, bowiem cena oferty nie zawiera wszystkich elementów, jakie Zamawiający wskazał w opisie przedmiotu zamówienia, w tym w szczególności: wykonania ogrodzenia terenu rozbiórki, usługi utylizacji odpadów zmieszanych, demontażu instalacji kanalizacji zewnętrznej i instalacji wodociągowej zewnętrznej, usługi utylizacji odpadów z rozbiórki sieci wodociągowej i kanalizacji sanitarnej, wykonania demontażu papy, zakupu materiału zasypowego i zasypania wykopów po rozbiórce budynku hali, wykonania inwentaryzacji geodezyjnej po zakończeniu robót;

4.zaniechaniu odrzucenia oferty wykonawcy T.K.J. M. Sp. j., zawierającej cenę 1 217 700,00 zł brutto – stanowiącą cenę rażąco niską, w szczególności wobec braku złożenia odpowiednich dowodów na potwierdzenie wiarygodności złożonych wyjaśnień;

5.zwróceniu się do wykonawcy T.K.J. M. Sp. j., w piśmie z dnia 2 czerwca 2023 r. z ponownym wezwaniem do złożenia

wyjaśnień oraz dowodów dotyczących wyliczenia ceny oferty, mimo że wykonawca – będąc uprzednio wezwanym do złożenia wyjaśnień wraz z dowodami – nie złożył dowodów potwierdzających koszty utylizacji papy oraz pozostałych odpadów zmieszanych;

6.zaniechaniu odrzucenia oferty wykonawcy T.K.J. M. Sp. j., mimo że jej treść jest niezgodna z warunkami zamówienia, bowiem cena oferty nie zawiera wszystkich elementów, jakie Zamawiający wskazał w opisie przedmiotu zamówienia, w tym w szczególności: wykonania ogrodzenia terenu rozbiórki, demontażu instalacji kanalizacji zewnętrznej i instalacji wodociągowej zewnętrznej, usługi utylizacji odpadów z rozbiórki sieci wodociągowej i kanalizacji sanitarnej, wykonania demontażu papy, wykonania inwentaryzacji geodezyjnej po zakończeniu robót;

- w skutek czego w postępowaniu doszło do naruszenia:

1.art. 239 ust. 1 Pzp, poprzez dokonanie wyboru oferty wykonawcy FHU P.Z. jako oferty najkorzystniejszej, 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 ofert wykonawców: (1) FHU P.Z. oraz (2) T.K.J. M. Sp. j. jako ofert zawierających rażąco niską cenę, podczas gdy treść udzielonych przez ww. wykonawców wyjaśnień (w tym w szczególności, wobec braku przedstawienia przez ww. wykonawców dowodów w zakresie wyliczenia ceny wymaganych w wezwaniu z dnia 15 maja 2023 r.) potwierdza, że oferty te zawierają rażąco niską cenę z przyczyn wskazanych w uzasadnieniu niniejszego odwołania, w konsekwencji 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 5 Pzp, poprzez zaniechanie odrzucenia oferty FHU P.Z., mimo że jej treść jest niezgodna z warunkami zamówienia, bowiem cena oferty nie zawiera wszystkich elementów, jakie Zamawiający wskazał w opisie przedmiotu zamówienia, w tym w szczególności: wykonania ogrodzenia terenu rozbiórki, usługi utylizacji odpadów zmieszanych, demontażu instalacji kanalizacji zewnętrznej i instalacji wodociągowej zewnętrznej, usługi utylizacji odpadów z rozbiórki sieci wodociągowej i kanalizacji sanitarnej, wykonania demontażu papy, zakupu materiału zasypowego i zasypania wykopów po rozbiórce budynku hali, wykonania inwentaryzacji geodezyjnej po zakończeniu robót;

4.art. 226 ust 1 pkt 5 Pzp, poprzez zaniechanie odrzucenia oferty T.K.J. M. Sp. j., mimo że jej treść jest niezgodna z warunkami zamówienia, bowiem cena oferty nie zawiera wszystkich elementów, jakie Zamawiający wskazał w opisie przedmiotu zamówienia, w tym w szczególności: wykonania ogrodzenia terenu rozbiórki, demontażu instalacji kanalizacji zewnętrznej i instalacji wodociągowej zewnętrznej, usługi utylizacji odpadów z rozbiórki sieci wodociągowej i kanalizacji sanitarnej, wykonania demontażu papy, wykonania inwentaryzacji geodezyjnej po zakończeniu robót;

5.art. 224 ust. 1 w zw. z art. 224 ust. 6 Pzp, poprzez zwrócenie się do wykonawcy T.K.J. M. Sp. j., w piśmie z dnia 2 czerwca 2023 r. z ponownym wezwaniem do złożenia wyjaśnień oraz dowodów dotyczących wyliczenia ceny oferty, mimo że wykonawca ten – będąc uprzednio wezwanym do złożenia wyjaśnień wraz z dowodami – nie złożył dowodów potwierdzających koszty utylizacji papy oraz pozostałych odpadów zmieszanych.

Odwołujący wniósł o nakazanie Zamawiającemu:

1.unieważnienia czynności wyboru oferty najkorzystniejszej;

2.odrzucenia ofert wykonawcy FHU P.Z.;

3.odrzucenia ofert wykonawcy T.K.J. M. Sp. j.;

4.powtórzenia czynności oceny ofert i wyboru oferty najkorzystniejszej.

Odwołujący wyjaśnił, że złożył ofertę w postępowaniu, która nie podlega odrzuceniu, w związku z czym Odwołujący ma realną szansę na uzyskanie przedmiotowego zamówienia. W wyniku naruszenia przepisów ustawy Pzp, interes Odwołującego w uzyskaniu zamówienia doznał uszczerbku, bowiem Zamawiający dokonał wyboru oferty złożonej przez wykonawcę FHU P.Z., która podlega odrzuceniu (podobnie jak oferta wykonawcy T.K.J. M. Sp. j.).W przypadku uwzględnienia odwołania, Izba może nakazać wykonanie lub powtórzenie czynności Zamawiającego lub nakazać unieważnienie czynności Zmawiającego zgodnie z żądaniami Odwołującego.

Obiekty podlegające rozbiórce zlokalizowane są w Żukowie przy ul. Armii Krajowej na terenie działek nr 628/24 i 628/25 mających łączną powierzchnię 27 220 m^2. Obiekty łącznie stanową około 40% powierzchni działek (~11 000 m^2). Pozostała powierzchnia (~16 220 m^2) została w około 70% (~11 300 m^2) utwardzona powierzchnią asfaltową.

Zgodnie z opisem przedmiotu zamówienia, na terenie rozbiórki (budowy) zabrania się rozdrabniania betonu, gruzu oraz prowadzenia innych robót głośnych, pylących itp., które mogą w sposób negatywny wpływać na otoczenie (z wyjątkiem robót które mogą być wykonane tylko na miejscu). Elementy rozbiórkowe przeznaczone do dalszego rozdrabniania lub innego ponownego wykorzystania muszą być wywiezione poza teren rozbiórki. Wykonawca zobowiązany jest do zagospodarowania materiałów rozbiórkowych w sposób przewidziany art. 17 ustawy z dnia 14

grudnia 2012 r. o odpadach (Dz. U. z 2022 r. poz. 699 z późn. zm.).

Po zakończeniu prac rozbiórkowych oraz zasypaniu powstałych po rozbiórkach wykopów i wywiezieniu wszystkich materiałów z rozbiórki cały teren należy oczyścić oraz uporządkować. Wszystkie istniejące nagromadzenia odpadów poza rozbiórkowych znajdujące się na terenie przedmiotowych działek należy wywieźć i zutylizować, a wszelkie uszkodzenia elementów infrastruktury niebędące przedmiotem zamówienia naprawić.

Z informacji z otwarcia ofert z dnia 6 kwietnia 2023 r. wynika, że w postępowaniu złożono 24 oferty, których ceny oscylują od 479 700,00 zł brutto do 3 300 000,00 zł brutto.

Przed otwarciem ofert Zamawiający poinformował, że na sfinansowanie zamówienia zamierza przeznaczyć kwotę w wysokości 3 342 063,76 zł brutto. Średnia arytmetyczna cen wszystkich złożonych ofert wyniosła 1 768 829,45 zł brutto.

W dniu 15 maja 2023 r. Zamawiający skierował do wykonawców (w tym: FHU P.Z. oraz T.K.J. M. Sp. j.) wezwanie w trybie art. 224 ust. 1 w zw. z art. 224 ust. 2 pkt 1) Pzp, do udzielenia wyjaśnień w zakresie wyliczenia ceny oferty. Zamawiający zażądał udzielenia wyjaśnień, w tym złożenia dowodów, w zakresie wyliczenia ceny w stosunku do przedmiotu zamówienia. W treści wezwania Zamawiający wyraźnie zaznaczył zakres oczekiwanych wyjaśnień, w tym dowodów, jakie wykonawcy mieli obowiązek złożyć w celu wykazania, że ich oferta nie zawiera rażąco niskiej ceny.

Biorąc pod uwagę znaczną rozbieżność pomiędzy ceną ofert FHU P.Z. oraz T.K.J. M. Sp.j., a szacunkową wartością zamówienia, intencją Zamawiającego wyartykułowaną w treści wezwania było przedstawienie przez ww. wykonawców dowodów w zakresie wyliczenia ceny. Skoro cena jest ekwiwalentem zakresu zamówienia (wynikającego z OPZ), to wyjaśnienia rażąco niskiej ceny powinny obejmować dowody na potwierdzenie uwzględnienia w cenie oferty wszystkich elementów zawartych w opisie przedmiotu zamówienia (projekt rozbiórki oraz przedmiar robót).

W dniu 2 czerwca 2023 r. Zamawiający skierował do wykonawców FHU P.Z. oraz T.K.J. M. Sp.j. kolejne wezwanie do udzielenia dodatkowych wyjaśnień dotyczących ceny złożonych ofert.

W przypadku wykonawcy T.K.J. M. Sp. j. Zamawiający ponownie wezwał do złożenia dowodów na potwierdzenie kosztów utylizacji odpadów (papa, pozostałe odpady zmieszane), pomimo tego, że w poprzednim wezwaniu z dnia 15 maja 2023 r. wykonawca został już jednokrotnie wezwany do złożenia dowodów na potwierdzenie zaoferowanej ceny.

W dniu 12 lipca 2023 r. Zamawiający poinformował o dokonaniu wyboru oferty złożonej przez FHU P.Z., z ceną opiewającą na 799 254,00 zł brutto.

Zarzut zaniechania odrzucenia oferty FHU P.Z. z powodu rażąco niskiej ceny

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

Wyjaśnienia udzielone przez FHU P.Z. w piśmie z dnia 18 maja 2023 r. nie spełniają podstawowego wymagania wynikającego z treści wezwania z dnia 15 maja 2023 r., nie zawierają bowiem wystarczających dowodów dotyczących wyliczenia ceny, w tym:

1)kosztu ogrodzenia terenu rozbiórki, organizacji zaplecza budowy i jego ochrony w okresie 3 miesięcy (brak dowodu na poniesienie kosztów kontenerów socjalnych, toalety dla pracowników, zapewnienia ochrony fizycznej terenu rozbiórki),

2)kosztu transportu maszyn (koparek) na teren rozbiórki i w drugą stronę,

3)kosztu pracy pracowników wraz z kosztami pracodawcy ponoszonych za pracowników, kosztami delegacji, zakwaterowania itp.,

4)kosztu pracy sprzętu (brak dowodu dysponowania własnym, w pełni zamortyzowanym sprzętem, zapleczem serwisowym),

5)kosztu transportu (brak dowodu na okoliczność dysponowania własnymi pojazdami, brak potwierdzenia nieponoszenia kosztów amortyzacji, leasingu, najmu pojazdów itp.),

6)kosztu utylizacji (brak dowodu na potwierdzenie kosztów utylizacji zmieszanych odpadów z terenu rozbiórki w ilości min. 30 ton),

7)kosztu zakupu materiału zasypowego (brak aktualnej oferty na zakup ziemi zasypowej do wypełnienia niecek po rozbiórce budynków),

8)kosztu pozyskania złomu (brak dowodu na poniesienie kosztów związanych z przekruszeniem gruzu i odseparowaniem złomu stalowego – prętów zbrojeniowych),

9)kosztu sporządzenia operatu geodezyjnego (brak uwzględnienia w cenie oferty).

Wykonawca FHU P.Z. – wbrew wezwaniu, nie przedstawił wszystkich istotnych dowodów związanych z wyliczeniem ceny oferty. Wyjaśnienia udzielone przez FHU P.Z. nie były merytoryczne, a wykonawca nie dostarczył żadnego wiarygodnego materiału dowodowego do sformułowania przez Zamawiającego oceny zaoferowanej w ofercie kwoty, za którą wykonawca ma zamiar wykonać przedmiot zamówienia. W szczególności, wykonawca nie wyjaśnił z czego składają się koszty podane w poszczególnych pozycjach „kalkulacji" załączonej do wyjaśnień.

2. Brak udzielenia wyjaśnień na uzupełniające wezwanie do wyjaśnienia ceny oferty zawarte w piśmie Zamawiającego z

dnia 2 czerwca 2023 r.

W dniu 2 czerwca 2023 r. Zamawiający zwrócił się do wykonawcy FHU P.Z. z wezwaniem do uzupełnienia uprzednio złożonych wyjaśnień w zakresie wyliczenia ceny oferty.

W odpowiedzi na powyższe wezwanie wykonawca FHU P.Z. ponownie złożył tę samą „kalkulację" (opatrzoną datą 6 czerwca 2023 r.) w niewielkim zakresie zmodyfikowaną w stosunku do „kalkulacji" złożonej uprzednio (opatrzoną datą 18 maja 2023 r.). W żadnym jednak razie wykonawca nie przedstawił szczegółowych wyliczeń, w oparciu, o które Zamawiający byłby w stanie skontrolować wartości poszczególnych pozycji tej kalkulacji (nr 2a, 3a, 4a,4b, 5b, 6b oraz 6c). Skoro wykonawca nie udzielił wprost odpowiedzi na wezwanie Zamawiającego, to na zasadzie art. 224 ust. 6 Pzp, jego oferta powinna zostać odrzucona. Pomimo złożonych uzupełniających wyjaśnień w dniu 6 czerwca 2023 r. wykonawca nadal nie podał danych umożliwiających wyliczenie „kosztów" podanych w ww. pozycjach „kalkulacji". Nie sposób ustalić koszty pracy sprzętu wyłącznie na podstawie podanej sumy motogodzin (mtg) i deklarowanego zużycia paliwa (l/mtg).

3. Brak wykazania szczególnego, wyjątkowego charakteru warunków przytoczonych przez wykonawcę FHU P.Z..

FHU P.Z. nie udowodnił, że okoliczności, na które się powołuje mają charakter wyjątkowy, niedostępny innym przedsiębiorcom obecnym na rynku. W przypadku gdy wykonawca powołuje się na szczególnie sprzyjające warunki, które mają uzasadniać obniżenie ceny, jest zobowiązany wykazać, że są one niedostępne innym wykonawcom oraz wykazać konkretny wpływ tych warunków na obniżenie ceny (por. wyrok Krajowej Izby Odwoławczej z dnia 20 kwietnia 2017 r., sygn. akt KIO 681/17).

4.Brak wykazania wpływu warunków przytoczonych przez FHU P.Z. na możliwość obniżenia ceny.

Wykonawca FHU P.Z. nie udowodnił, jaki konkretnie wpływ na wysokość ceny miały poszczególne okoliczności, na które wykonawca powołał się w swoich wyjaśnieniach. Odwołujący wskazuje za orzecznictwem Izby, iż wykonawca, który składa wyjaśnienia w zakresie rażąco niskiej ceny powinien wskazać, co spowodowało obniżenie ceny, jak również to, w jakim stopniu wskazany czynnik wpłynął na jej obniżenie (zob. wyrok KIO z dnia 18 grudnia 2012 r., sygn. akt KIO 2659/12).

5. Brak wykazania istnienia warunków przytoczonych przez FHU P.Z..

Wykonawca FHU P.Z. nie przedstawił dowodów na istnienie okoliczności, które w jego ocenie miały mieć wpływ na wysokość ceny. W szczególności, wykonawca nie udowodnił, że dysponuje własnym sprzętem budowlanym, koparką wyposażoną w osprzęt do wyburzeń, własnymi samochodami czy też transportem ponadgabarytowym umożliwiającym przewiezienie ciężkiego sprzętu na teren rozbiórki.

Reasumując, okoliczności przywołane w wyjaśnieniach nie zostały przez wykonawcę FHU P.Z. w żaden sposób udowodnione.

Brak wykazania kosztów bezpośrednich dla całości zadania.

1. Pracownicy

Wykonawca FHU P.Z. nie potwierdził kosztu pracy pracowników wraz z kosztami pracodawcy, a w szczególności, zarobków pracowników zatrudnionych w swoim przedsiębiorstwie, mimo że Zamawiający w wezwaniu do złożenia wyjaśnień żądał również przedstawienia dowodów na poparcie wskazanych okoliczności. Wykonawca nie złożył żadnego dowodu w tym zakresie. Wykonawca nie wyjaśnił nawet ilu pracowników i na jakich stanowiskach zamierza skierować do realizacji zamówienia (wykonawca podał jedynie deklarowany nakład roboczogodzin w ilości 3700 rbg). Nie wiadomo jakie nakłady robocizny przewidziano na obsługę operatorską maszyn, a jakie na prace fizyczną (np. demontaż papy, ręczną segregację odpadów, itp.).

W konsekwencji, wykonawca FHU P.Z. nie udowodnił,jakie koszty i w jakiej wysokości wykonawca poniesienie w związku z oddelegowaniem pracowników do wykonania zamówienia.

2. Sprzęt

FHU P.Z. nie przedstawił żadnych dowodów na okoliczność dysponowania własnym zapleczem sprzętowym wraz ze specjalistycznym osprzętem do prowadzenia rozbiórek (koparki, koparko-ładowarki, młoty i nożyce wyburzeniowe). W tym celu orzecznictwo Izby dopuszcza złożenie wykazu środków trwałych, faktur czy umów leasingu. Ponadto, wykonawca nie wyjaśnił kosztów związanych z najmem, leasingiem bądź amortyzacją, serwisem i eksploatacją ww. sprzętu (w realiach rynku budowlanego niespotykanym zjawiskiem jest brak kosztów związanych z leasingiem czy amortyzacją maszyn). W każdym zaś przypadku wykonawca powinien udowodnić, że takich kosztów nie ponosi (np. posiada w pełni zamortyzowane maszyny, pojazdy i sprzęt).

3. Transport odpadów oraz materiałów

Również w przypadku kosztów transportu (kosztów pracy samochodów ciężarowych) w żaden sposób nie wyjaśniono ani nie udowodniono, że koszty te uwzględniono w cenie oferty. Wykonawca nie potwierdził, że dysponuje własnymi samochodami ciężarowymi (brak dowodów) oraz nie wyjaśnił wpływu na cenę oferty kosztów związanych z

eksploatacją samochodów. Nie wiadomo jakie elementy składają się na koszt transportu, nie wykazano kosztów zakupu paliwa (którego ceny dynamicznie rosną), kosztów serwisu, ubezpieczenia i innych. Deklarując poniesienie kosztów wywozu gruzu w ilości 17 000 Mg (koszt 21 140,00 zł) wykonawca nie uwzględnił innych kosztów poza zakupem paliwa (praca kierowcy, serwis, ubezpieczenie amortyzacja).

4. Utylizacja odpadów

Wykonawca FHU P.Z. całkowicie gołosłownie deklaruje poniesienie kosztów utylizacji odpadów porozbiórkowych oraz kosztów zakupu materiałów. W szczególności, nie udowodniono, że FHU P.Z. zamierza zgodnie z prawem i na warunkach rynkowych wykonać utylizację całości gruzu, zmieszanych odpadów budowlanych oraz innych odpadów pochodzących z rozbiórki. Wykonawca zadeklarował jedynie przekazane do utylizacji gruzu w ilości 17 000 Mg, gdzie inny wykonawca (T.K.J. M. Sp. j.) przewidział, że w trakcie rozbiórki powstanie ok. 25 000 Mg gruzu.

Ponadto, wyjaśnienia wykonawcy FHU P.Z. nie zawierają wzmianki o zamiarze poniesienia kosztów utylizacji zmieszanych odpadów pochodzących z rozbiórki. Tymczasem, w likwidowanym obiekcie zalegają nie tylko odpady komunalne, ale w trakcie rozbiórki powstaną inne odpady zmieszane (w tym m.in. materiały izolacyjne, folie, elementy stolarki okiennej i drzwiowej) w ilości ok. 30 Mg.

W swoich wyjaśnieniach wykonawca FHU P.Z. całkowicie pominął kwestię ręcznego demontażu papy znajdującej się na dachu budynku (w sumie 10 540 m2) oraz utylizacji papy rozbiórkowej, co należało odczytać z pkt 13 kosztorysu inwestorskiego. Wykonawca zaniżył koszty utylizacji znacznej ilości papy odpadowej w ilości ok. 158,1 t.. Minimalny koszt utylizacji papy (bez transportu), na który trzeba mieć zezwolenie, wynosi 600 zł netto x 158,1 ton = 94 860 zł.

5. Materiały, w tym wykonanie zasypania miejsc po likwidowanych obiektach budowlanych

Wykonawca FHU P.Z. całkowicie gołosłownie opisał koszty związane z dostawą materiałów oraz wykonaniem zasypki wykopów po rozbiórce. Zgodnie z opisem przedmiotu zamówienia konieczny jest zakup materiału zasypowego do wykonania zasypek oraz jego właściwe zagęszczenie. Wykonawca zadeklarował gołosłownie zakup ziemi z transportem w cenie 0,00 zł, nie przedstawiając wiarygodnych dowodów potwierdzających możliwość nieodpłatnego pozyskania materiału w ilości wymaganej do wykonania zasypki. Tymczasem, inny wykonawca (T.K.J. M. Sp. j.) przewidział koszt zakupu materiału zasypowego wynoszący 221 250,00 zł oraz koszt wbudowania tego materiału w wysokości 60 000,00 zł.

6. Geodeta / inwentaryzacja powykonawcza

Zgodnie z opisem przedmiotu zamówienia w niniejszym postępowaniu, po zakończeniu robót należy wykonać inwentaryzację geodezyjną, czego wykonawca FHU P.Z. nie przewidział w kalkulacji ceny oferty oraz złożonych wyjaśnieniach.

7. Przychód ze sprzedaży gruzu.

Wykonawca FHU P.Z. deklaruje osiągnięcie zysku ze sprzedaży 500 Mg złomu pochodzącego z rozbiórki. Tymczasem, z przedstawionej kalkulacji nie wynika, że wykonawca zamierza podjąć określone czynności zmierzające na pozyskanie tego złomu (brak kosztów pozyskania złomu). Jeżeli chodzi o gruz betonowy (z którego można wysegregować pręty zbrojeniowe w wyniku procesu kruszenia gruzu na kruszarce), to FHU P.Z. wyjaśnił, że cały gruz przekazuje do utylizacji innemu podmiotowi. Wykonawca nie deklarował samodzielnego przetworzenia gruzu i odzysku złomu. W tych okolicznościach całkowicie nieprawdziwe są twierdzenia na temat osiągnięcia przychodu ze sprzedaży gruzu.

Na marginesie zaś należy wspomnieć, że całkowicie dowolna i nieudowodniona jest ilość złomu, jaką FHU P.Z. deklaruje pozyskać w czasie rozbiórki (500 Mg). Podana ilość nie wynika z dokumentacji postępowania, zaś inny wykonawca (T.K.J. M. Sp.j.) podaje znacznie niższą ilość złomu, jaką szacuje odzyskać w trakcie prac (200 Mg).

Podsumowując, Odwołujący podkreślił, że „wyjaśnienia" złożone przez FHU P.Z. są nieprecyzyjne, ogólnikowe, nie odnoszą się do treści wezwania oraz nie zostały poparte wiarygodnymi dowodami. Z kolei, w odpowiedzi na drugie wezwanie do złożenia wyjaśnień (pismo FHU P.Z. z dnia 6 czerwca 2023 r.) wykonawca nie udzielił odpowiedzi na zasadnicze pytanie sformułowane przez Zamawiającego.

Nie ma wątpliwości, że na wezwanie Zamawiającego wykonawca FHU P.Z. odniósł się w sposób pobieżny, pomijając elementy wpływające na wysokość ceny oraz nie przedstawił jakichkolwiek istotnych dowodów. Tymczasem, powszechnie przyjmuje się, że wyjaśnienia wykonawcy, udzielone w trybie art. 224 ust. 1 Pzp, nie mogą mieć charakteru ogólnego, nie mogą ograniczać się do zapewnienia, że wykonawca będzie w stanie zrealizować zamówienie za podaną w ofercie cenę. Wykonawca, wezwany do udzielenia wyjaśnień, jest zobowiązany szczegółowo wskazać konkretne, dające się zweryfikować czynniki umożliwiające mu skalkulowanie ceny lub kosztu na niskim poziomie. Wykonawca powinien przedstawić w jakim stopniu dany czynnik wpłynął na obniżenie ceny (por. wyrok Krajowej Izby Odwoławczej z dnia 6 lutego 2020 r., sygn. akt KIO 170/20). Wyjaśnienia ogólnikowe i gołosłowne zrównuje się w orzecznictwie Izby z brakiem tych wyjaśnień.

Biorąc pod uwagę zysk wynikający z wyjaśnień FHU P.Z. zaniżone bądź nieprzewidziane przez wykonawcę koszty oraz brak dowodów, należy uznać cenę jego oferty za rażąco niską w rozumieniu ustawy Prawo zamówień publicznych. Ustawowe pojęcie „wykazania" jest tożsame z pojęciem „udowodnienia", a nie „uprawdopodobnienia". Oznacza to, iż wykonawca składający wyjaśnienia musi przedstawić wszelkie dowody, które potwierdzą, że możliwe będzie wykonanie przedmiotu zamówienia za cenę podaną w ofercie. Jednak wyjaśnienia te i dowody muszą mieć charakter obiektywny, albowiem wprost nakazuje to norma z art. 224 ust. 5 Pzp, która ciężar dowodowy w tym zakresie przerzuca na wykonawcę.

Z opisanym wyżej obowiązkiem wykonawcy w pełni skorelowany jest obowiązek Zamawiającego wnikliwej i obiektywnej oceny składanych wyjaśnień. Przyjmuje się bowiem, iż nie tylko wyjaśnienia, dane i dowody wskazane przez wykonawcę powinny być na tyle konkretne, aby możliwa była ich weryfikacja oraz ocena wiarygodności, lecz również, iż wykonawcy mają prawo oczekiwać, że złożone w postępowaniu oferty i wyjaśnienia zostaną ocenione zgodnie z wyartykułowanymi przez zamawiającego wymaganiami oraz na podstawie ustawy, w poszanowaniu zasad udzielania zamówień publicznych (tak wyrok KIO z dnia 25 czerwca 2019 r., sygn. akt KIO 1036/19; wyrok KIO z dnia 7 czerwca 2016 r., sygn. akt KIO 846/16; wyrok KIO z dnia 15 października 2018 r., sygn. akt KIO 1946/18; wyrok KIO z dnia 31 maja 2017 r., sygn. akt KIO 1001/17).

Reasumując, skoro wykonawca FHU P.Z. nie udowodnił szeregu czynników kosztotwórczych składających się na koszty realizacji zamówienia, to Zamawiający nie miał podstaw do uznania, że jego oferta nie zawiera ceny rażąco niskiej. Wykonawca nie przedłożył żadnych dowodów potwierdzających rzetelność zaoferowanej ceny (w szczególności nie wykazał wyjątkowych okoliczności, które miałyby spowodować obniżenie cen).

III. Zaniechanie odrzucenia oferty wykonawcy T.K.J. M. Sp.j. z powodu rażąco niskiej ceny.

Odwołujący podkreślił, iż wszystkie szczegółowe zarzuty adresowane wobec wyjaśnień wykonawcy FHU P.Z. znajdują odpowiednie zastosowanie również wobec wyjaśnień wykonawcy T.K.J. M. Sp.j.

Cena oferty złożonej przez T.K.J. M. Sp. j. (1 217 700,00 zł brutto) stanowi cenę rażąco niską w stosunku przedmiotu zamówienia, zaś wykonawca ten nie zdołał obalić ww. domniemania w drodze składanych przez siebie wyjaśnień w trybie art. 224 ust. 1 Pzp. Zamówienie nie może zostać należycie zrealizowane (w szczególności w obszarze pracy ludzkiej, pracy sprzętu i utylizacji odpadów) za ww. cenę.

W porównaniu do wykonawcy FHU P.Z., wykonawca T.K.J. M. Sp.j. przedstawił jeszcze „oszczędniejsze" wyjaśnienia. Pominął w swoich wyjaśnieniach szereg czynników kosztotwórczych (m.in. związanych z utylizacją odpadów, zakupem materiału zasypowego), zaś czynniki wymienione w wyjaśnieniach nie zostały właściwie wykazane.

1)Zaniżenie kosztów robocizny i pracy sprzętu.

Wykonawca T.K.J. M. Sp.j. przyjął w swojej kalkulacji zaledwie 3300 rbg nie wyjaśniając ile z tego stanowi praca operatorów sprzętu, a ile praca pracowników fizycznych. Tego rodzaju niskie nakłady pracy ludzi i sprzętu nie są wystarczające dla należytego wykonania zamówienia.

2)Zaniżenie kosztów wywozu i utylizacji gruzu i innych odpadów z rozbiórki.

Nie udowodniono, że wykonawca T.K.J. M. Sp.j. zamierza zgodnie z prawem i na warunkach rynkowych wykonać przetworzenie odpadów pochodzących z rozbiórki, w tym odpadów takich jak gruz betonowy, odpady zmieszane, papa, drewno i inne.

Odwołujący podkreślił, że przetworzenie odpadu w postaci gruzu porozbiórkowego na kruszywo budowlane wymaga przeprowadzenia stosownych procesów technologicznych (kruszenia, sortowania) na podstawie wymaganej przepisami prawa decyzji administracyjnej. Zakazane jest kruszenie odpadów w miejscu rozbiórki. Aby gruz utracił status odpadu należy go wywieźć z miejsca rozbiórki na teren działki, dla której wydano stosowną decyzję udzielającą danemu przedsiębiorcy zezwolenia na przetwarzanie odpadów. Dopiero w takiej lokalizacji możliwe jest użycie kruszarek i innych urządzeń, które w procesie technologicznym przetwarzają gruz na kruszywo budowlane o określonych cechach fizycznych. Wykonawca nie udowodnił, że dysponuje możliwością wytworzenia kruszywa budowlanego (w tym posiadanie kruszarki) w sposób zgodny z prawem (posiadanie decyzji na przetwarzanie odpadów), a także nie wykazał, że ma możliwość sprzedaży kruszywa pozyskanego z przetworzenia odpadów porozbiórkowych (nie wiadomo na jakich warunkach cenowych). Co oczywiste, kruszenie gruzu wiąże się z kosztami dla wykonawcy (których wysokość nie została ani wyjaśniona, ani udowodniona przez T.K.J. M. Sp.j.).

Również koszt transportu gruzu został ewidentnie zaniżony. Wykonawca T.K.J. M. Sp.j. założył, że w trakcie rozbiórki powstanie ok 25 000 Mg gruzu, przyjmując do kalkulacji wywóz i utylizację zaledwie 12 000 Mg gruzu. Tego rodzaju sytuacja jest niemożliwa, gdyż koszt oznaczałaby, że pozostałe 13 000 Mg gruzu wykonawca T.K.J. M. Sp. j. pozostawi na miejscu rozbiórki.

Ponadto, wykonawca T.K.J. M. Sp.j. nie przedstawił oferty (lub innego dowodu) na potwierdzenie kosztów utylizacji innych odpadów powstających w czasie rozbiórki (odpadów zmieszanych, papy, drewna). Do wyjaśnień z dnia 19 maja 2023 r. nie załączono żadnych dowodów potwierdzających koszty utylizacji ww. odpadów. Takie informacje

znalazły się dopiero w „uzupełniających" wyjaśnieniach z dnia 5 czerwca 2023 r., co w ocenie Odwołującego, stanowiło nieuzasadnioną próbę uzupełnienia dowodów, które należało złożyć wraz z pierwotnymi wyjaśnieniami.

3)Brak wykazania dysponowania własnym sprzętem rozbiórkowym.

Pomimo przedstawionych twierdzeń wykonawca T.K.J. M. Sp.j. nie przedstawił żadnych dowodów na okoliczność dysponowania własnym zapleczem sprzętowym wraz ze specjalistycznym osprzętem do prowadzenia rozbiórek (koparki, koparko-ładowarki, młoty i nożyce wyburzeniowe oraz kruszarka). Ponadto, nie wyjaśniono kosztów związanych z najmem, leasingiem bądź amortyzacją, serwisem i eksploatacją ww. sprzętu. Brakuje dowodów potwierdzających koszt transportu sprzętu na teren rozbiórki (nie wykazano okoliczności dysponowania własnym transportem ponadgabarytowym), zaś odległość od siedziby wykonawcy do miejsca rozbiórki to min. ponad 127 km w jedną stronę.

W przypadku kosztów transportu (kosztów pracy samochodów ciężarowych) nie wyjaśniono ani nie udowodniono, że koszty te uwzględniono w cenie oferty.

Reasumując, „wyjaśnienia" T.K.J. M. Sp.j. są nieprecyzyjne, ogólnikowe, nie odnoszą się do treści wezwania oraz nie zostały poparte wiarygodnymi dowodami, a – wbrew obowiązkowi wynikającemu z wezwania Zamawiającego – T.K.J. M. Sp.j. nie przedstawił wyjaśnień (wraz z dowodami) dotyczących uwzględnienia w cenie oferty kosztu pracy pracowników wraz z kosztami pracodawcy ponoszonych za pracowników.

4)Przychód ze sprzedaży gruzu.

Wykonawca T.K.J. M. Sp.j. deklaruje osiągnięcie zysku ze sprzedaży 200 Mg złomu pochodzącego z rozbiórki. Tymczasem, z przedstawionej kalkulacji nie wynika, że wykonawca zamierza podjąć określone czynności zmierzające na pozyskanie tego złomu (brak kosztów pozyskania złomu). Jeżeli chodzi o gruz betonowy (z którego można wysegregować pręty zbrojeniowe w wyniku procesu kruszenia gruzu na kruszarce), to T.K.J. M. Sp.j. wyjaśnił, że cały gruz przekazuje do utylizacji innemu podmiotowi. Wykonawca nie deklarował samodzielnego przetworzenia gruzu i odzysku złomu. W tych okolicznościach całkowicie nieprawdziwe są twierdzenia na temat osiągnięcia przychodu ze sprzedaży gruzu.

Całkowicie dowolna i nieudowodniona jest też ilość złomu, jaką FHU P.Z. deklaruje pozyskać w czasie rozbiórki (200 Mg). Ponadto, nierealna (i nieudowodniona) jest wysokość przychodu, który zamierza osiągnąć T.K.J. M. Sp.j. ze sprzedaży złomu.

Reasumując, Odwołujący wskazał, że wykonawca T.K.J. M. Sp.j. nieudowodnił, że okoliczności, na które się powołuje mają charakter wyjątkowy, niedostępny innym przedsiębiorcom obecnym na rynku. Wykonawca nie udowodnił, że dysponuje własnym zapleczem budowlanym czy też własną kadrą pracowniczą. Do wyjaśnień nie załączono żadnych dowodów potwierdzających twierdzenia na temat oszczędności związanych z utylizacją odpadów powstających w trakcie rozbiórki. Generuje to zatem ryzyko i domniemanie, że wykonawca nie uwzględnił w cenie oferty rzeczywistych kosztów związanych z legalną utylizacją odpadów. Okoliczności przywołane w wyjaśnieniach nie zostały przez T.K.J. M. Sp.j. w żaden sposób udowodnione, a nawet gdyby zostały udowodnione, to nie przedstawiają one żadnej wartości dla oceny tej oferty w kontekście art. 224 ust. 5 Pzp, gdyż nie są to okoliczności, które w jakikolwiek sposób wyróżniałyby wykonawcę na tle pozostałych wykonawców funkcjonujących w tej branży.

Odwołujący wskazał, że na ponowne wezwanie Zamawiającego również ww. wykonawca odniósł się w sposób ogólnikowy, pomijając elementy wymienione w wezwaniu (np. koszty poszczególnych elementów świadczenia) oraz nie przedstawili wiarygodnych dowodów. Przyjmuje się, że wyjaśnienia wykonawcy, udzielone w trybie art. 224 ust. 1 Pzp, nie mogą mieć charakteru ogólnego, nie mogą ograniczać się do zapewnienia, że wykonawca będzie w stanie zrealizować zamówienie za podaną w ofercie cenę. Wykonawca, wezwany do udzielenia wyjaśnień, jest zobowiązany szczegółowo wskazać konkretne, dające się zweryfikować czynniki umożliwiające mu skalkulowanie ceny lub kosztu na niskim poziomie. Wykonawca powinien przedstawić w jakim stopniu dany czynnik wpłynął na obniżenie ceny (por. wyrok Krajowej Izby Odwoławczej z dnia 6 lutego 2020 r., sygn. akt KIO 170/20). Wyjaśnienia ogólnikowe i gołosłowne zrównuje się w orzecznictwie Izby z brakiem tych wyjaśnień.

IV. Pozostałe zarzuty.

Obowiązkiem Zamawiającego jest prowadzenie postępowania o udzielnie zmówienia publicznego z poszanowaniem zasad zamówień publicznych oraz w zgodzie z obowiązkami nałożonymi na niego przez ustawę. Właściwa ocena wyjaśnień złożonych przez wykonawców FHU P.Z. oraz T.K.J. M. Sp.j. powinna skutkować odrzuceniem wskazanych ofert, bowiem wyjaśnienia te są ogólnikowe, niekompletne oraz nie odpowiadają wymaganiom wskazanym przez Zamawiającego (w szczególności w zakresie elementu dowodowego).

Z zarzutami wskazanymi powyżej koresponduje zarzut naruszenia art. 16 pkt 1, 2 i 3 Pzp, poprzez zaniechanie przeprowadzenia postępowania o udzielenie zamówienia publicznego w sposób zapewniający zachowanie uczciwej konkurencji i równe traktowanie wykonawców oraz zgodnie z zasadami proporcjonalności i przejrzystości, co polegało na pominięciu braku wiarygodnych wyjaśnień oraz dowodów. Skoro Zamawiający żądał złożenia dowodów wraz z wyjaśnieniami, to nie powinien premiować wykonawców, którzy takich dowodów nie dostarczyli. Takie preferencyjne

traktowanie wykonawców FHU P.Z. oraz T.K.J. M. Sp.j. odbyło się bowiem z naruszeniem interesu pozostałych wykonawców, w tym Odwołującego.

Wykonawca: GLOBETEK Sp. z o.o z siedzibą w Chorzowie zgłosił przystąpienie do postępowania odwoławczego o sygn. akt KIO 2099/23 po stronie Odwołującego.

Wykonawca, P.Z. prowadzący działalność gospodarczą pod firmą Firma Handlowo-Usługowa P.Z. z siedzibą w Inowrocławiu zgłosił przystąpienia do postępowania odwoławczego w sprawach o sygn. akt KIO 2075/23, KIO 2099/23 po stronie Zamawiającego.

Przystępujący przedstawił swoje stanowisko w obu sprawach (pisma procesowe z dnia 28 lipca 2023 r.)

ZARZUT 1 - naruszenia art. 226 ust. 1 pkt 2 lit. b Pzp

Przystępujący wskazał, że w zakresie doświadczenia i personelu wykonawcy Zamawiający odrębnie przewidział: 1) warunek udziału w postępowaniu dotyczący doświadczenia wykonawcy; 2) warunek udziału w postępowaniu dotyczący posiadanych uprawnień personelu wykonawcy; 3) kryterium oceny ofert w postaci doświadczenia personelu wykonawcy.

Zgodnie z Rozdziałem XIV pkt 2 ppkt 4 SWZ, Zamawiający przewidział następujący warunek udziału w postępowaniu polegający na zdolności technicznej lub zawodowej:

„***a)*** *Zamawiający uzna warunek za spełniony, jeżeli Wykonawca wykaże, że dysponuje lub będzie dysponował kierownikiem robót budowlanych rozbiórkowych, tj. co najmniej jedną osobą, skierowaną przez Wykonawcę do realizacji zamówienia publicznego, odpowiedzialną za kierowanie robotami budowlanymi, posiadającą niezbędne uprawnienia do pełnienia samodzielnych funkcji technicznych w budownictwie do kierowania robotami budowlanymi w specjalności: konstrukcyjno-budowlanej bez ograniczeń lub inżynieryjnej wyburzeniowej.*

Zamawiający określając wymogi w zakresie posiadanych uprawnień budowlanych dopuszcza odpowiadające im uprawnienia budowlane, które zostały wydane na podstawie wcześniej obowiązujących przepisów oraz odpowiadające im uprawnienia wydane obywatelom państw Europejskiego Obszaru Gospodarczego oraz Konfederacji Szwajcarskiej, z zastrzeżeniem art. 12a oraz innych przepisów ustawy z dnia 7 lipca 1994 r. Prawo budowlane (t.j. Dz. U. z 2021 r. poz. 2351 z późn. zm.) oraz ustawy z dnia 22 grudnia 2015 r. o zasadach uznawania kwalifikacji zawodowych nabytych w państwach członkowskich Unii Europejskiej (t.j. Dz. U. z 2023 r. poz. 334).

b) *Zamawiający uzna warunek za spełniony, jeżeli Wykonawca wykaże się wykonaniem nie wcześniej niż w okresie ostatnich pięciu lat przed upływem terminu składania ofert, a jeżeli okres prowadzenia działalności jest krótszy – w tym okresie, co najmniej jednej roboty budowlanej polegającej na rozbiórce budynku lub/i zespołu budynków o wartości co najmniej 500 000,00 zł brutto*".

Z SWZ jasno wynika, iż warunek dotyczący dysponowania osobą wskazaną jako kierownik robót budowlanych rozbiórkowych określa jedynie konieczność posiadania przez tę osobę uprawnień do pełnienia samodzielnych funkcji technicznych w budownictwie do kierowania robotami budowlanymi w specjalności konstrukcyjno-budowlanej bez ograniczeń lub inżynieryjnej wyburzeniowej. Nie jest istotne z punktu widzenia warunku udziału w postępowaniu doświadczenie personelu wykonawcy.

Zgłaszający przystąpienie spełnił ten warunek.

Drugim z warunków w zakresie zdolności technicznej lub zawodowej było wykazanie się doświadczeniem w okresie ostatnich pięciu lat przed terminem składania ofert co najmniej jednej roboty budowlanej polegającej na rozbiórce o minimalnej wartości 500 000 zł. Warunek ten jest jednakże skierowany do wykonawcy, a nie do osób skierowanych do wykonania zamówienia.

Zamawiający postawił następujące kryteria oceny ofert: 1) Cena. 2) Doświadczenie zawodowe osoby wyznaczonej jako Kierownik robót budowlanych (rozbiórkowych). 3) Termin realizacji przedmiotu zamówienia.

Zgodnie z rozdziałem XX ust. 2 SWZ: „*Wykonawca, który zadeklaruje w Formularzu oferty, że dysponuje osobą z doświadczeniem zawodowym tj. Kierownik robót budowlanych rozbiórkowych, która kierowała co najmniej jedną robotą budowlaną polegającą na rozbiórce budynku lub/i zespołu budynków o wartości co najmniej 500 000,00 zł brutto otrzyma 10 pkt. Natomiast w przypadku braku osoby z wymaganym powyżej doświadczeniem zawodowym - Wykonawca otrzyma 0 pkt*".

Odwołujący bądź to przez nieuwagę, bądź przez celową manipulację „pomieszał" dwa warunki udziału w postępowaniu (jeden dotyczący osób skierowanych do realizacji zamówienia, a drugi dotyczący doświadczenia wykonawcy) w jeden warunek, który dodatkowo pomieszał z kryterium oceny ofert w zakresie doświadczenia kierownika robot i tym samym próbuje udowodnić, że Zamawiający rzekomo postawił warunek udziału w postępowaniu jakoby osoba skierowana do realizacji zamówienia musiała posiadać doświadczenia polegające na zrealizowaniu co najmniej jednej roboty budowlanej polegającej na rozbiórce obiektu o wartość co najmniej 500.000 zł brutto.

Ponieważ Przystępujący spełnił wszystkie warunki postawione przez Zamawiającego, Zamawiający nie był obowiązany, aby odrzucić jego ofertę na podstawie art. 226 ust. 1 pkt 2 lit. b Pzp.

W zakresie kryterium doświadczenia zawodowego Kierownika robót Przystępujący także spełnił postawione przez Zamawiającego wymaganie, wskazując w ofercie, iż Pan G.K. wskazany jako Kierownik robót nabył doświadczenie przy realizacji zamówienia „Rozbiórka obiektu hotelowo-usługowego przy ul. Okopowej w Warszawie" zleconego przez Powiatowego Inspektora Nadzoru Budowlanego w Warszawie, wartość brutto zamówienia: 1 414 500 zł. Zamawiający nie wymagał od wykonawców przedstawienia dowodów na tę okoliczność, polegał bowiem na oświadczeniu zawartym w składanym formularzu oferty.

Przystępujący wyjaśnił, że choć przedstawienie dowodów w tym zakresie nie było niezbędne, to wskazuje, że pełnił on funkcję kierownika budowy podczas wskazanych robót rozbiórkowych, lecz nie od samego początku, co niniejszym wyjaśniam, dlatego wśród materiałów ogólnie dostępnych w Internecie znaleźć można zdjęcie tablicy informacyjnej, na której umieszczone zostało inne nazwisko osoby pełniącej funkcję kierownika budowy. Na dowód, że Pan G.K. pełnił funkcję kierownika budowy podczas rozbiórki budynku Usługowo Hotelowo-Restauracyjnego przy ul. Okopowej 65 w Warszawie Przystępujący przedstawił skan pisma Powiatowego Inspektoratu Nadzoru Budowlanego dla m. st. Warszawy z dnia 25 lipca 2023 r. na okoliczność wykazania, że Pan G.K. pełnił funkcję kierownika budowy podczas rozbiórki budynku Usługowo Hotelowo-Restauracyjnego przy ul. Okopowej 65 w Warszawie.

Z daleko idącej ostrożności Przystępujący zauważył, iż nawet gdyby Zamawiający nie uznał wykazanego doświadczenia zawodowego osoby wskazanej jako kierownik robót, wskutek czego obniżona zostałaby punktacja Przystępującego, to zmiana taka nie spowodowałaby utraty statusu najkorzystniejszej oferty. Zatem nawet gdyby takie naruszenie miało miejsce, nie miałoby ono żadnego wpływu na wynik postępowania o udzielenie zamówienia, a zgodnie z art. 554 ust. 1 pkt 1 Pzp, odwołanie może być uwzględnione tylko wtedy, gdy stwierdzi się, iż naruszenie mogło mieć taki wpływ.

Odwołujący nie postawił zarzutu w zakresie punktacji przyznanej ofercie Przystępującego, więc wszelkie kwestie związane z kryterium oceny ofert i punktacją powinny być pominięte.

ZARZUT 2 - naruszenie art. 226 ust. 1 pkt 8 w zw. z art. 224 ust. 1 Pzp

W dniu 15 maja 2023 r. Zamawiający wezwał Przystępującego do wyjaśnień zaoferowanej ceny na podstawie art. 224 ust. 1 i ust. 2 Pzp. Wezwanie miało ogólny charakter i stanowiło w zasadzie przytoczenie przepisów ustawy dotyczące wyjaśnień zaoferowanej ceny. W odpowiedzi na to wezwanie Przystępujący złożył obszerne wyjaśnienia zaoferowanej ceny składające się z: 1) części opisowej wyjaśnień; 2) kalkulacji; 3) dowodów.

Przystępujący wskazał, że przedstawione wyjaśnienia zaoferowanej ceny nie są lakoniczne. Przeciwnie - zawierają uchwytne wartości ekonomiczne i liczbowe, konkretne informacje oraz są poparte wiarygodnymi dowodami. Zgłaszający przystąpienie wyjaśnił najistotniejsze elementy kosztotwórcze realizacji zamówienia.

Wynagrodzenie, które zaoferował Przystępujący, ustalone zostało na poziomie rynkowym, zgodnie z obowiązującymi przepisami, a przytoczone przez Odwołującego zarzuty wynikają wyłącznie z błędnej interpretacji dokumentacji postępowania oraz niezrozumienia wyjaśnień zaoferowanej ceny. Poprawna ocena wyjaśnień prowadzi do wniosku, że cena przedstawiona przez Przystępującego stanowi cenę rynkową i umożliwia prawidłową realizację zamówienia przy uwzględnieniu wszystkich wynikających z tego tytułu kosztów oraz osiągnieciu zysku na odpowiednim poziomie.

Zamawiający w wezwaniu do wyjaśnień nie żądał przedstawienia szczegółowej kalkulacji, nie żądał wyjaśnienia konkretnych elementów kosztotwórczych, nie żądał przedstawienia konkretnych dowodów.

Mając na uwadze przywołany przez Odwołującego art. 2 pkt 3 ustawy z dnia 14 grudnia 2012 r. o odpadach (tekst jednolity Dz. U. z 2022 r. poz. 699 z późn. zm.) [dalej: „ustawa o odpadach"] nie można nie zauważyć w tym względzie doniosłej roli art. 3 ust. 1 pkt 6 ustawy o odpadach. Zgodnie z nim, ilekroć w ustawie jest mowa o odpadach - rozumie się przez to każdą substancję lub przedmiot, których posiadacz pozbywa się, zamierza się pozbyć lub do których pozbycia się jest obowiązany. Zaliczenie ziemi do odpadów jest więc zagadnieniem niejednoznacznym, i w różnych stanach faktycznych ziemia może być traktowana jak odpad lub jako produkt pełnowartościowy, który zostaje przekazany na zasadzie umowy cywilnoprawnej, której essentialia negotii regulowane są przez chociażby art. 888 § 1 ustawy z dnia 23 kwietnia 1964 r. Kodeks cywilny (tekst jednolity Dz. U. z 2022 r. poz. 1360 z późn. zm.).

Przystępujący wyjaśnił, że nabędzie własność ziemi nie w drodze nabycia uregulowanego w art. 181 KC, tj. w drodze objęcia w posiadanie rzeczy wcześniej wyzbytej (jak ma to miejsce właśnie w przypadku odpadów), lecz w drodze nabycia na podstawie stosunku obligacyjnego, dla którego kauzą będzie określona umowa cywilnoprawna o charakterze nieodpłatnym (jak ma to miejsce w przypadku rzeczy niebędących odpadami). W związku z tym nie znajdzie w tym przypadku zastosowanie ustawa o odpadach, z tego względu, że nabywana ziemia nie będzie odpadem w rozumieniu art. 3 ust. 1 pkt 6 ustawy o odpadach. Nawet gdyby przyjąć inne założenie to koszt zlecenia operacji związanych z obrotem ziemią będącą odpadem jest kosztem bagatelnym, który może zostać pokryty z pozycji numer 8 w kalkulacji: „Rezerwa na niedoszacowanie".

Przystępujący nie był zobowiązany do wskazania miejsca zamieszkania swoich pracowników i wyjaśnienia skąd

pochodzą. Takie informacje nie dość, że wykraczają poza zakres wyjaśnień ceny oferty, to jeszcze nie są do pogodzenia z konstytucyjnym prawem do prywatności. Wykonawca ma prawo skorzystać z pracowników lokalnych z okolic miejsca wykonywania zamówienia. Dzięki temu nie musi ponosić dodatkowych kosztów. Niemniej jednak nawet gdyby nie mógł skorzystać z pracowników lokalnych, to koszty takie jak koszty noclegów oraz diet zostałyby pokryte z pozycji: „*7. Wynagrodzenie pracowników*". W pozycji tej zostały sumarycznie ujęte wszelkie koszty zatrudnienia pracowników. Przystępujący przyjął stawkę roboczogodzinową na poziomie 37,52 zł. Kwota ta obejmuje zarówno wynagrodzenie pracownika brutto, jak i koszty pośrednie, w tym koszty noclegów oraz diet. Wreszcie gdyby powyższe koszty nie mogłyby zostać pokryte z tej pozycji to mogą zostać pokryte z pozycji: „Rezerwa na niedoszacowanie".

Większość maszyn stanowi własność Przystępującego. Tą większością maszyn jest on w stanie zrealizować zamówienie. Jednocześnie przystępujący jest w stanie zawrzeć umowę użyczenia koniecznego sprzętu z zaprzyjaźnionymi przedsiębiorcami działającymi w branży. Taka praktyka miała już wielokrotnie miejsce i nie stanowi nic nadzwyczajnego.

Przystępujący nie musiał zróżnicować pracowników na operatorów maszyn, kierowców itp. na potrzeby wyjaśnień ceny oferty. Wszyscy pracownicy otrzymują wynagrodzenie na podobnym poziomie, wskazanym w złożonych wyjaśnieniach ceny. Jeden pracownik jest w stanie być zarówno operatorem koparki, jak również w pozostałym czasie pracy wykonywać prace mechanicznie i jest to standardowa praktyka. Niezrozumiałym jest jednak jak przytoczony zarzut ma wpływ na wysokość zaoferowanej ceny.

Wynagrodzenie kierownika budowy jest wynagrodzeniem rynkowym odpowiadającym wartości wykonanej pracy. Jednocześnie wskazuje, że prace rozbiórkowe nie wymagają aż takiego poziomu zaangażowania, jak prace budowlane z tego względu koszt kierownika budowy w przypadku prac rozbiórkowych jest zawsze niższy i jest to normalne zjawisko na rynku. Kierownik robót nie jest zatrudniony na umowie o pracę, ponieważ nie świadczy on pracy w rozumieniu art. 22 § 1 ustawy z dnia 26 czerwca 1974 r. Kodeks pracy (tekst jednolity Dz. U. z 2022 r. poz. 1510 z późn. zm.). Kierownik budowy to osoba wykonująca tak zwany wolny zawód, prowadząca własną działalność gospodarczą i zawierającą umowy ze zleceniobiorcami, z którą nawiązany jest stosunek cywilnoprawny. W związku z tym nie znajdują tutaj zastosowania przepisy o minimalnym wynagrodzeniu za pracę.

Przystępujący ma gwarancję, że koszt zatrudnienia kierownika budowy jest właśnie taki, jak w kalkulacji, ponieważ otrzymał oświadczenia o podjęciu współpracy za określoną stawkę. Oświadczenia te potwierdzone w formie pisemnej Przystępujący załączył do nn. pisma.

Przystępujący wyjaśnił, że na chwilę obecną nie zawarł jeszcze ostatecznych umów zlecenia na świadczenie usług, ponieważ nie ma pewności, czy ostatecznie uzyska zamówienie. Z tego powodu nie jest możliwe przedstawienie na tym etapie umów. Na etapie składania wyjaśnień rażąco niskiej ceny taki dowód musi zostać uznany za w zupełności wystarczający. Podana stawka jest stawką ryczałtową zaproponowaną przez osobę składającą oświadczenie i w ramach tej stawki zobowiązują się świadczyć wszelkie niezbędne usługi niezależnie od wymiaru czasu potrzebnego do ich zrealizowania w danym miesiącu.

W przypadku zamówień o charakterze budowlanym Krajowa Izba Odwoławcza akcentuje, że ustalenie wynagrodzenia poszczególnych specjalistów jest sprawą poszczególnego specjalisty i konkretnego wykonawcy. Jako przykład można podać wyrok Krajowej Izby Odwoławczej z dnia 31 lipca 2019 r., sygn. akt KIO 1358/19.

Inne materiały pochodzące z rozbiórki jak osłony rur, styropiany, folie czy śmieci zmieszane to śmieci o drobnych gabarytach, których koszt utylizacji jest bagatelny. Przy czym ilość tych odpadów oszacowana przez Odwołującego (30 ton) jest zupełnie oderwana od rzeczywistości. Odwołujący nie wyjaśnia, w jaki sposób oszacował tę ilość. Odwołujący mógł więc podać dowolną ilość tych odpadów, by w sztuczny sposób wywołać wrażenie, że oferta Przystępującego jest niedoszacowana. Zdaniem Przystępującego, ilość innych odpadów jest znikoma w kontekście całego zamówienia i kosz utylizacji tych odpadów jest również marginalny. Kosz ten i tak został ujęty w kalkulacji w pozycji „9. Inne koszty nieuwzględnione w kalkulacji".

Oferta przedsiębiorcy Grabex ma charakter ogólny. Przystępujący otrzymał wyraźne zapewnienie, że oferta na odbiór gruzu obejmuje również gruz innego typu, jak cegła czy beton komórkowy. Otrzymany jednak dokument oferty nie zawierał tej informacji, ponieważ był to typowy standardowy dokument ofertowy. Na potwierdzenie jednak powyższych ustaleń, w celu rozwiania wszelkich wątpliwości, Przystępujący przedstawił pisemne potwierdzenie tych ustaleń w załączeniu do nn. Pisma.

Kontener KP7 – jak wskazuje jego nazwa – ma pojemność 7m3, a nie 6m3 (nie jest zrozumiałe, dlaczego Odwołujący przyjął pojemność 6m3).

W kalkulacji stanowiącej załącznik do wyjaśnień zaoferowanej ceny Przystępujący wyraźnie wskazał, że przyjmuje 92 m3 papy. Z kolei 1 m3 papy waży około 1 200 – 1 500 kg. Oznacza to, że Przystępujący przyjął ok. 110 400 – 138 000 kg papy (ok. 110 – 138 ton papy), a nie 61,2 tony jak insynuuje Odwołujący. Oferta, którą przedstawił Przystępujący, obejmuje kontener, w którym zmieści się 7 m3 papy.

Ponadto, z dokumentów znajdujących się w załączniku nr 1 do SWZ nie wynika ilość papy do rozebrania. Ilość tak, jak twierdzi Odwołujący, wynika wyłącznie z przedmiaru. Zważmy jednak, że przedmiar ten ma charakter pomocniczy, a więc nie jest on w pełni wiążący dla wykonawców (zwłaszcza, że wynagrodzenie ma charakter ryczałtowy). Przystępujący na podstawie doświadczenia, wizji budynku oraz wiążących dokumentów zamówienia oszacował, że ilość papy, która będzie zutylizowana, jest mniejsza niż w przedmiarze. Nawet gdyby Przystępujący nie doszacował ilości papy, którą należy zutylizować (co jest mało prawdopodobne), to Przystępujący przewidział w kalkulacji odpowiednią rezerwę strategiczną na wypadek niedoszacowania którejś pozycji (pozycja numer 8 „Rezerwa na niedoszacowanie".

W ocenie Przystępującego, przedstawiona w wyjaśnieniach cena motogodziny pracy koparki jest realna i należycie skalkulowana.

Przystępujący oświadczył, że jest w stanie własnymi siłami przy wskazanym poziomie kosztów wykonać zamówienie w terminie 3 miesięcy. To że Odwołujący nie byłby w stanie wykonać w takim terminie zamówienia to nie znaczy, że inny wykonawca nie jest w stanie. Odwołujący nie przedstawił żadnego dowodu lub argumentacji, że Przystępujący nie jest w stanie wykonać zamówienia w takim terminie.

Co do kruszenia i miejsca kruszenia podczas rozbiórki, Przystępujący wskazał, że stosuje technologię, która nie wymaga standardowego kruszenia, ponieważ obiekt będzie rozbierany specjalnymi nożycami do rozbiórki i większość prac będzie wykonywana tymi nożycami. Tym samym w toku prac rozbiórkowych złom będzie odzyskiwany bez konieczności kruszenia.

Szczegółowe wyliczenia w zakresie kosztów pracowników, kosztu pracy sprzętu, amortyzacji sprzętu zostały przedstawione również w części opisowej wyjaśnień.

Ponowne wezwania Przystępującego do złożenia wyjaśnień w zakresie zaoferowanej ceny było prawidłowe. Zarówno nauka prawa, jak i orzecznictwo Krajowej Izby Odwoławczej dopuszczają taką możliwość. Dotyczy to przede wszystkim sytuacji, w których po udzieleniu wyjaśnień powstały u Zamawiającego kolejne wątpliwości dotyczące zaoferowanej ceny.

Przystępujący wskazał, że nie może, jak chce tego Odwołujący, przedstawić dowodu na każdy nawet na najdrobniejszy koszt, taki jak koszt ogrodzenia, kontenera socjalnego czy sporządzenia operatu geodezyjnego. Koszty te nie są istotne i nie stanowią dużego kosztu w kontekście całej inwestycji. Ponadto, pewne elementy kosztotwórcze, nie dość, że są bagatelne, to jeszcze są trudne do udowodnienia. Przykładowo ciężko przedstawić dowód w zakresie kosztów transportu czy kosztów pracy sprzętu. Kwestie te zostały ujęte w kalkulacji i rozpisane na czynniki pierwsze. Odwołujący również nie wskazał jaki to mógłby być dowód. W orzecznictwie wskazuje się również, że nie jest konieczne wykazanie, tak jak chce tego Odwołujący, udowodnienia wysokości kosztów, jeśli te są powszechnie znane, jak np. ceny zakupu paliwa. Przystępujący przedstawił istotne dowody na takie okoliczności jak: 1) Koszt wywozu gruzu; 2) Koszt wywozu papy; 3) Koszt odkupu złomu; 4) Koszt pozyskania ziemi; 5) Posiadanie własnego sprzętu.

Szczegółowe wyliczenia w zakresie tych pozycji kalkulacji, czyli między innymi kosztów pracowników, kosztu pracy sprzętu, amortyzacji sprzętu, zostały przedstawione zarówno w części opisowej wyjaśnień (zarówno w pierwszych wyjaśnieniach, jak i w wyjaśnieniach przedstawionych w odpowiedzi na drugie wezwanie), jak i w kalkulacji. Jeśli Odwołujący sięgnął wyłącznie do kalkulacji, to nic dziwnego, że nie znalazł tam pełnej odpowiedzi na pytania Zamawiającego. Takie jednak wybiórcze czytanie wyjaśnień nie może stanowić podstawy zarzutu.

W wyjaśnieniach rażąco niskiej ceny Przystępujący wskazał wyraźnie, ile będą zarabiali pracownicy oraz jaki jest całkowity koszt pracodawcy oraz jakie koszty zawiera. Wykonawca uwzględnił nie tylko koszt „ubezpieczeń społecznych" pracowników, lecz również koszty związane z urlopem pracownika. Bez znaczenia dla wyjaśnień rażąco niskiej ceny pozostaje, ile dokładnie pracowników zatrudni Przystępujący. Ponadto, Przystępujący nie różnicuje stawek operatorów maszyn i pracowników wykonujących prace fizyczne. Jeden pracownik może zarówno wykonywać obie te funkcje w ramach swoich zadań.

Przystępujący wyjaśnił, że nabędzie własność ziemi nie w drodze nabycia uregulowanego w art. 181 ustawy z dnia 23 kwietnia 1964 r. Kodeks cywilny (tekst jednolity Dz. U. z 2022 r. poz. 1360 z późn. zm.).

Wbrew twierdzeniom Odwołującego, Przystępujący uwzględnił w kalkulacji koszt transportu materiału zasypowego oraz koszt pracy koparki z uwzględnieniem amortyzacji na poziomie odpowiednio 13 770 zł oraz 9 547 zł. Wynika to wprost z kalkulacji. Nawet gdyby przyjąć inne założenie to koszt zlecenia operacji związanych z obrotem ziemią jest kosztem bagatelnym, który może zostać pokryty z pozycji numer 8 w kalkulacji: „Rezerwa na niedoszacowanie".

Odnośnie zarzutu naruszenia art. 226 ust 1 pkt 5 Pzp, poprzez zaniechanie odrzucenia oferty FHU P.Z., mimo że jej treść jest niezgodna z warunkami zamówienia, bowiem cena oferty nie zawiera wszystkich elementów, jakie Zamawiający wskazał w opisie przedmiotu zamówienia, w tym w szczególności: wykonania ogrodzenia terenu rozbiórki, usługi utylizacji odpadów zmieszanych, demontażu instalacji kanalizacji zewnętrznej i instalacji wodociągowej

zewnętrznej, usługi utylizacji odpadów z rozbiórki sieci wodociągowej i kanalizacji sanitarnej, wykonania demontażu papy, zakupu materiału zasypowego i zasypania wykopów po rozbiórce budynku hali, wykonania inwentaryzacji geodezyjnej po zakończeniu robót, Przystępujący wskazał, że cena oferty zawiera wszystkie elementy, jakie Zamawiający wskazał w opisie przedmiotu zamówienia, w tym w szczególności: 1) wykonania ogrodzenia terenu rozbiórki; 2) usługi utylizacji odpadów zmieszanych; 3) demontażu instalacji kanalizacji zewnętrznej i instalacji wodociągowej zewnętrznej; 4) usługi utylizacji odpadów z rozbiórki sieci wodociągowej i kanalizacji sanitarnej; 5) wykonania demontażu papy; 6) zakupu materiału zasypowego i zasypania wykopów po rozbiórce budynku hali; 7) wykonania inwentaryzacji geodezyjnej po zakończeniu robót.

Ponadto, to, że jakiś wydatek nie został wskazany imiennie w wyjaśnianiach zaoferowanej ceny, nie oznacza, że nie został on uwzględniony w cenie oferty. Nie taka bowiem jest rola wyjaśnień zaoferowanej ceny, aby na jej podstawie ustalać, czy literalnie wszystkie możliwe (nawet te bagatelne) elementy zamówienia zostały wliczone w cenę. Pewne koszty zostały ujęte zbiorczo i z tego względu nie zostały wyszczególnione w wyjaśnieniach. Jest to normalna praktyka aprobowana w orzecznictwie Krajowej Izby Odwoławczej.

Przystępujący wskazał, że pozostałe koszty, które rzekomo nie zostały wkalkulowane w cenę oferty, zostały ujęte zbiorczo w kalkulacji pod pozycją „Inne koszty nieuwzględnione w kalkulacji", a w razie gdyby te koszty okazały się większe (czego Przystępujący nie zakłada), to wówczas koszt ten zostanie pokryty z pozycji „Rezerwa na niedoszacowanie".

Pismem z dnia 26 lipca 2023 r. Zamawiający złożył na posiedzeniu odpowiedź na odwołania. Wniósł o oddalenie obu odwołań.

Zamawiający zwrócił uwagę na specyfikę robót rozbiórkowych, w tym brak pozycji zakupu materiałów budowlanych oraz możliwość odzyskania części materiałów rozbiórkowych ii uzyskania zysków z ich sprzedaży, co przekłada się na możliwość przedstawienia niższej ceny przez wykonawców. Powyższe jest niemożliwe do uwzględnienia przez Zamawiającego przy szacowaniu wartości zamówienia w ramach kosztorysu inwestorskiego, do którego zastosowanie mają przepisy o szacowaniu wartości robót budowlanych. W związku z tym szacunkowa wartość zamówienia nie odzwierciedla z najwyższym prawdopodobieństwem faktycznych warunków rynkowych na roboty rozbiórkowe. Zamawiający wyjaśnił, że przetarg na ten sam przedmiot zamówienia został unieważniony w ubiegłym roku ze względu na brak możliwości wykorzystania środków finansowych przeznaczonych na to zadanie. Do przedmiotowego postępowania zaktualizowano wartość zamówienia przyjmując najniższe stawki z możliwych. Zamawiający wskazał ,że Odwołujący Energokon-Plus Sp. z o.o. zaoferował w tym przetargu cenę o 1 230 000,00 zł niższą niż rok temu.

Ze względu na powyższe warunki realizacji zamówienia i specyfikę robót, zdaniem Zamawiającego, do kwestii odrzucenia ofert z uwagi na rażąco niską cenę należy podchodzić bardzo ostrożnie. Zamawiający wyjaśnił, że dokonał szczegółowej analizy wyjaśnień złożonych przez wykonawców i uznał, że wyjaśnienia wykonawcy FHU Z.i T.K.J. M. Sp.j. są wystarczająco konkretne, wyczerpujące i rozwiewające wątpliwości zamawiającego co do możliwości wykonania przedmiotu zamówienia zgodnie z wymaganiami określonymi w dokumentach zamówienia lub wynikających z odrębnych przepisów. W ocenie Zamawiającego powyższe oferty nie zawierają rażąco niskiej ceny.

Zdaniem Zamawiającego większość podniesionych w odwołaniach argumentów nie ma istotnego znaczenia w tym postępowaniu.

Zamawiający wskazał dodatkowo na rozprawie, że zarzuty zawarte w odwołaniach i argumentacja są bardzo szczegółowe, które trudno jest przenieść na grunt kalkulacji złożonych ofert. Zamawiający wyjaśnił dodatkowo, że inne dwie oferty były jeszcze niższe od ceny Przystępującego FHU Z., ale podlegały one odrzuceniu, gdyż jeden wykonawca nie złożył wyjaśnień, a drugi nie przedłużył terminu związania ofertą.

Zdaniem Zamawiającego, w niniejszym postępowaniu najistotniejszą kwestią, którą trudno jest skalkulować na etapie składania ofert, jest kwestia uzysku przez wykonawcę materiałów w wyniku wykonywanych robót rozbiórkowych. Każdy wykonawca kalkuluje ten uzysk według własnej oceny, nie ma ona odzwierciedlenia w przedmiarze opracowanym przez Zamawiającego.

Zamawiający podkreślił, że wyjaśnienia niektórych wykonawców, pomimo że ceny były wyższe niż oferta Przystępującego były tak lakoniczne, że ich oferty musiały zostać odrzucone z powodu braku złożenia wyjaśnień.

Krajowa Izba Odwoławcza uwzględniając dokumentację postępowania, dokumenty zgromadzone w aktach sprawy i wyjaśnienia złożone przez strony i uczestnika postępowania odwoławczego, ustaliła i zważyła, co następuje:

Odwołania zasługują na uwzględnienie.

Izba stwierdziła, że obaj Odwołujący wykazali, że stosownie do dyspozycji art. 505 ust. 1 Pzp, mają interes w uzyskaniu zamówienia i mogą ponieść szkodę w wyniku niezgodnych z ustawą czynności podjętych przez Zamawiającego lub też w przypadku zaniechania czynności, do których zobowiązuje Zamawiającego ustawa Pzp.

Wykonawca: GLOBETEK Sp. z o.oz siedzibą w Chorzowie przystąpił do postępowania odwoławczego o sygn.

akt: KIO 2099/23 po stronie Odwołującego zgodnie z wymogami art. 525 ust. 1-3 Pzp, stając się uczestnikiem postępowania.

Wykonawca: P.Z. prowadzący działalność gospodarczą pod firmą Firma Handlowo-Usługowa P.Z. z siedzibą w Inowrocławiu przystąpił do postępowania odwoławczego o sygn. akt: KIO 2075/23 i KIO 2099/23 po stronie Zamawiającego, zgodnie z wymogami art. 525 ust. 1-3 Pzp, stając się uczestnikiem postępowania.

Oferta złożona przez wykonawcę FHU P.Z. - zarzut wspólny w obu odwołaniach, dotyczący naruszenia art. 226 ust. 1 pkt 8 w zw. z art. 224 ust. 1 Pzp oraz art. 16 i 17 Pzp, poprzez zaniechanie odrzucenia oferty wykonawcy FHUP.Z., pomimo, że nie podołał on obowiązkowi udzielenia wyczerpujących wyjaśnień w zakresie rażąco niskiej ceny oraz złożenia w tym zakresie dowodów oraz pomimo, iż z wyjaśnień tych wynikało, że zaoferował rażąco niską cenę w postepowaniu, co doprowadziło do naruszenia zasady uczciwej konkurencji oraz równego traktowania wykonawców.

Izba uznała zarzut za zasadny.

Przedmiotem zamówienia są roboty budowlane obejmujące zadanie „Rozbiórka budynku produkcyjnego i dwóch obiektów pomocniczych usytuowanych w Żukowie oraz uporządkowanie terenu po dokonanej rozbiórce". Jak wynika z opisu przedmiotu zamówienia, obiekty podlegające rozbiórce zlokalizowane są w Żukowie przy ul. Armii Krajowej na terenie działek nr 628/24 i 628/25 mających łączną powierzchnię 27 220 m^2. Obiekty łącznie stanową około 40% powierzchni działek (~11 000 m^2). Pozostała powierzchnia (~16 220 m^2) została w około 70% (~11 300 m^2) utwardzona powierzchnią asfaltową. Zgodnie także z opisem przedmiotu zamówienia, na terenie rozbiórki (budowy) zabrania się rozdrabniania betonu, gruzu oraz prowadzenia innych robót głośnych, pylących itp., które mogą w sposób negatywny wpływać na otoczenie (z wyjątkiem robót które mogą być wykonane tylko na miejscu). Elementy rozbiórkowe przeznaczone do dalszego rozdrabniania lub innego ponownego wykorzystania muszą być wywiezione poza teren rozbiórki. Wykonawca zobowiązany jest do zagospodarowania materiałów rozbiórkowych w sposób przewidziany art. 17 ustawy z dnia 14 grudnia 2012 r. o odpadach (Dz. U. z 2022 r. poz. 699 z późn. zm.). Po zakończeniu prac rozbiórkowych oraz zasypaniu powstałych po rozbiórkach wykopów i wywiezieniu wszystkich materiałów z rozbiórki cały teren należy oczyścić oraz uporządkować. Wszystkie istniejące nagromadzenia odpadów poza rozbiórkowych znajdujące się na terenie przedmiotowych działek należy wywieźć i zutylizować, a wszelkie uszkodzenia elementów infrastruktury niebędące przedmiotem zamówienia naprawić.

Z informacji z otwarcia ofert z dnia 6 kwietnia 2023 r. wynika, że w postępowaniu złożono 24 oferty, których ceny oscylują od 479 700,00 zł brutto do 3 300 000,00 zł brutto. Średnia arytmetyczna cen wszystkich złożonych ofert wyniosła 1 768 829,45 zł brutto.

Zamawiający na sfinansowanie zamówienia zamierza przeznaczyć kwotę w wysokości 3 342 063,76 zł brutto.

Oferta wykonawcy FHU P.Z., opiewa na cenę 799 254,00 zł brutto, natomiast oferta wykonawcy T.K.J. M. Sp.j. – na cenę 1 217 700,00 zł. Obie oferty są znacznie niższe od wartości zamówienia i średniej arytmetycznej cen złożonych ofert.

Biorąc pod uwagę znaczną rozbieżność pomiędzy ceną oferty FHU P.Z. a szacunkową wartością zamówienia i średnią arytmetyczną cen złożonych ofert, Zamawiający w dniu 15 maja 2023 r. wezwał wykonawcę FHU P.Z.w trybie art. 224 ust. 1 w zw. z art. 224 ust. 2 pkt 1 Pzp, do złożenia wyjaśnień w zakresie rażąco niskiej ceny. Zamawiający wskazał, że oczekuje złożenia wyjaśnień we wskazanym w wezwaniu zakresie oraz dowodów w zakresie wyliczenia ceny.

Wykonawca FHU P.Z. złożył wyjaśnienia w przewidzianym przez Zamawiającego terminie, pismem z dnia 18 maja 2023 r.

W dniu 2 czerwca 2023 r. Zamawiający ponownie wezwał ww. wykonawcę do złożenia dodatkowych wyjaśnień, dotyczących:

- szczegółowych wyliczeń poszczególnych pozycji kalkulacji z dnia 18.05.2023 r.,
- wyjaśnień treści załącznika nr 5 do wyjaśnień rażąco niskiej ceny wykonawcy,
- wskazanie pozycji kalkulacji kosztu związanego z nie dopuszczeniem do kruszenia w miejscu rozbiórki.

Wykonawca FHU P.Z. złożył uzupełnienie wyjaśnień w przewidzianym przez Zamawiającego terminie, pismem z dnia 6 czerwca 2023 r.

Wyjaśnienia udzielone przez FHU P.Z. w piśmie z dnia 18 maja 2023 r. nieodpowiadają w pełni na wezwanie z dnia 15 maja 2023 r. oraz nie zawierają wiarygodnych dowodów potwierdzających rzetelność wyliczenia ceny oferty. Złożone przez wykonawcę wyjaśnienia są ogóle, wykonawca nie wyjaśnił w jaki sposób i na jakiej podstawie zostały wyliczone koszty podane w poszczególnych pozycjach „kalkulacji" załączonej do wyjaśnień.

Na ponowne wezwanie przez Zamawiającego do wyjaśnienia ceny oferty, w tym m.in. uszczegółowienia kalkulacji, pismem z dnia 2 czerwca 2023 r., wykonawca FHU P.Z. złożył „kalkulację" w takim samym stopniu ogólną jak poprzednio. Wykonawca nie przedstawił szczegółowych wyliczeń, na podstawie których Zamawiający mógłby

zweryfikować wskazane w wezwaniu poszczególne pozycje kalkulacji (nr 2a, 3a, 4a,4b, 5b, 6b oraz 6c). W dodatkowych wyjaśnieniach z dnia 6 czerwca 2023 r. wykonawca nadal nie podał danych umożliwiających wyliczenie „kosztów" podanych w ww. pozycjach „kalkulacji".

Wykonawca FHU P.Z. nie wykazał, że okoliczności, na które się powołuje mają charakter wyjątkowy, niedostępny innym przedsiębiorcom obecnym na rynku. Nie przedstawił dowodów na istnienie okoliczności, które miałyby mieć wpływ na wysokość zaoferowanej ceny, a dowody, które złożył są niewiarygodne – w szczególności – ogłoszenie z portalu olx.pl.

Złożone przez FHU P.Z. wyjaśnienia są nieprecyzyjne, ogólnikowe, nie odnoszą się do treści wezwania oraz nie zostały poparte wiarygodnymi dowodami. Z kolei, w odpowiedzi na drugie wezwanie do złożenia wyjaśnień wykonawca nie udzielił odpowiedzi na zasadnicze pytanie sformułowane przez Zamawiającego odnośnie kalkulacji. Wykonawca przedstawił okoliczności i dane niedające się w żaden sposób zweryfikować.

Izba wskazuje, że przedstawienie przez wykonawcę w ramach wyjaśnień rażąco niskiej ceny szczegółowej kalkulacji ceny oferty jest oczywiste, w świetle art. 224 ust. 1 Pzp. Nie ma bowiem możliwości wykazania przez wykonawcę, że dana cena uwzględnia wszystkie konieczne koszty realizacji zamówienia bez przedstawienia szczegółowych kalkulacji tych kosztów i nakładów oraz uwiarygodnienia przedstawionych danych za pomocą rzetelnych i wiarygodnych dowodów.

Odnosząc się do argumentacji Przystępującego, Izba wskazuje, że wykonawcaPHU P.Z.nie wykazał np., że nabycie ziemi jest kosztem bagatelnym oraz że ten koszt mieści się w pozycji kalkulacji pn. „Rezerwa na niedoszacowanie" wraz z innymi kosztami, których wykonawca nie wyszczególnił.

Ponadto, oczywistym jest, że wykonawca ma prawo skorzystać z pracowników lokalnych z okolic miejsca wykonywania zamówienia, jednak PHU P.Z.nie uprawdopodobnił, że realnie posiada takie możliwości, zwłaszcza, że planuje zatrudnić pracowników z uprawnieniami operatorów ciężkich maszyn budowlanych. Twierdząc, że ewentualne koszty noclegów oraz diet zostałyby pokryte w pozycji: „*7. Wynagrodzenie pracowników*", nie wykazał, na jakim poziomie te koszty zostały w ogóle przyjęte w kalkulacji. Ponownie przy tym wskazał, że „gdyby powyższe koszty nie mogłyby zostać pokryte z tej pozycji to mogą zostać pokryte z pozycji: „Rezerwa na niedoszacowanie", co budzi wątpliwości w kontekście dalszych oświadczeń ww. wykonawcy co do umieszczenia w tej pozycji także innych kosztów, niewyszczególnionych w kalkulacji.

Przystępujący, twierdząc, że większość maszyn stanowi jego własność, nie wykazał, o jaką większość chodzi oraz na jakich zasadach i od jakich współpracujących firm jest w stanie pozyskać dodatkowy sprzęt, którego nie posiada.

Wykonawca FHU P.Z. nie wykazał też w wyjaśnieniach,na jakich zasadach zatrudni osobę na stanowisku Kierownika robót, wskazując jedynie ryczałtową kwotę wynagrodzenia tej osoby na poziomie 8 tys. zł za całość robót. Złożone przez Przystępującego do akt sprawy oświadczenie na potwierdzenie powyższej okoliczności nie wskazuje żadnych szczegółów odnośnie umowy o wykonywanie tych prac. Ponadto, oświadczenie powyższe nie zostało złożone wraz z wyjaśnieniami, a na złożone na etapie rozprawy należy uznać za spóźnione.

Wykonawca wskazał także w sposób jedynie gołosłowny, że koszt utylizacji innych materiałów pochodzących z rozbiórki, jak osłony rur, styropiany, folie czy śmieci zmieszane jest kosztem bagatelnym i został on ujęty w kalkulacji w pozycji „Inne koszty nieuwzględnione w kalkulacji".

Podobnie w sposób gołosłowny Przystępujący wyjaśnił, że otrzymał wyraźne zapewnienie od przedsiębiorcy Grabex na odbiór gruzu innego typu, jak cegła czy beton komórkowy. Przystępujący przedstawił co prawda do akt sprawy pisemne potwierdzenie takich ustaleń na etapie rozprawy, jednak na obecnym etapie jest to również dowód spóźniony.

Przystępujący oszacował, że ilość papy, która będzie zutylizowana, jest mniejsza niż w przedmiarze, czego w żaden sposób nie uzasadnił. Ponownie też wskazał, że nawet gdyby nie doszacował ilości papy, którą należy zutylizować, to na wypadek niedoszacowania tych kosztów przewidział w kalkulacji odpowiednią rezerwę strategiczną w pozycji „Rezerwa na niedoszacowanie".

Wykonawca nie wykazał, że przedstawiona w jego wyjaśnieniach cena motogodziny pracy koparki jest realna i należycie skalkulowana.

Nie wykazał również, w jaki sposób jest w stanie wykonać zamówienie w terminie 3 miesięcy.

Wykonawca nie wyjaśnił i nie wykazał, że jest możliwe odzyskanie złomu oraz w jakiej ilości i w jakim czasie - bez zastosowania kruszarki do betonu.

W przypadku Przystępującego, jak wynika z jego wyjaśnień złożonych na rozprawie, wszelkie niewyszczególnione w kalkulacji koszty zostały ujęte zbiorczo w kalkulacji w pozycji „Inne koszty nieuwzględnione w kalkulacji", albo w pozycji „Rezerwa na niedoszacowanie". Wykonawca nie wykazał przy tym, że poziom wartości tych pozycji zapewnia pokrycie tych wszystkich kosztów.

Reasumując, Izba stwierdziła, że złożone przez Przystępującego wyjaśnienia nie potwierdzają, iż oferta tego wykonawcy nie zawiera rażąco niskiej ceny. Ponadto, wyjaśnienia nie odpowiadają wezwaniu Zamawiającego. Treść

złożonych wyjaśnień potwierdza, że wykonawca nie wliczył wszystkich kosztów wykonania zamówienia, przez co zaniżył cenę w swojej ofercie w sposób nieuzasadniony.
Zgodnie z art. 224 ust. 5 Pzp, obowiązek wykazania, że oferta nie zawiera rażąco niskiej ceny lub kosztu, spoczywa na wykonawcy. Oznacza to konieczność złożenia wyczerpujących i konkretnych wyjaśnień, potwierdzonych dowodami, z których będzie jednoznacznie wynikać, że cena jest prawidłowo skalkulowana, rynkowa oraz umożliwia zrealizowanie zamówienia zgodnie z wymaganiami Zamawiającego.

W świetle przepisu art. 224 ust. 5 Pzp, wyjaśnienia powinny być szczegółowe i konkretne na tyle, aby zamawiający mógł się z nich dowiedzieć, jakie dokładnie czynniki wpłynęły na kalkulacje ceny i w szczególności na jej obniżenie w stosunku do cen rynkowych. Nie chodzi przy tym o zapewnienia i deklaracje wykonawcy ale o wiarygodne informacje i dane, możliwe do zweryfikowania przez Zamawiającego.

Wykonawca w wyjaśnieniach rażąco niskiej ceny zobowiązany jest w sposób wyczerpujący odnieść się do katalogu okoliczności, o których mowa w art. 224 ust. 3 Pzp, w treści wezwania zamawiającego i wykazać, że proponowana cena została prawidłowo skalkulowana. Zamawiający wprost wymagał w wezwaniu złożenia dowodów i wskazał, że brak dowodów na potwierdzenie zaniżenia ceny, będzie powodować negatywną ocenę wyjaśnień. Przystępujący nie złożył rzetelnych dowodów.

Zamawiający w niniejszej sprawie, wbrew zawartym w wezwaniu wytycznym co do oceny wyjaśnień, w sposób bezpodstawny uznał wyjaśnienia wykonawcy FHU P.Z. za wyczerpujące. Zamawiający w oparciu o złożone wyjaśnienia nie mógł stwierdzić, że oferta została skalkulowana rzetelnie, a zaoferowana cena pozwala na prawidłową, tj. zgodną z warunkami zamówienia i obowiązującymi przepisami realizację przedmiotu zamówienia.

Dodatkowo, Izba stwierdziła, że ponowne wezwania wykonawcy FHU P.Z. do złożenia uzupełniających wyjaśnień w zakresie zaoferowanej ceny nie było dopuszczalne, biorąc pod uwagę, że pierwsze wyjaśnienia były niepełne, ogólne i nie zostały w żaden sposób przez wykonawcę uwiarygodnione. Sama już tylko treść ponownego wezwania do złożenia wyjaśnień potwierdza, że pierwotne wyjaśnienia były niepełne, zbyt ogólne i nie wyjaśniały *de facto* okoliczności, które uzasadniałyby wysokość zaoferowanej ceny, co powinno skłonić Zamawiającego już na tym etapie do negatywnej oceny wyjaśnień złożonych przez tego wykonawcę. W myśl zasad obowiązujących w postępowaniu o udzielenie zamówienia publicznego, ponowne wezwanie wykonawcy do złożenia wyjaśnień rażąco niskiej ceny jest dopuszczalne tylko w przypadku, gdy złożone pierwotnie wyjaśnienia powodują dodatkowe wątpliwości. Ponowne wezwanie nie jest możliwe, gdy pierwotne wyjaśnienia są niepełne, ogólnikowe i niewiarygodne. Skoro zatem złożone przez wykonawcę FHU P.Z. wyjaśnienia na pierwsze wezwanie były niepełne, to nieuzasadnione było kolejne wezwanie w tym samym zakresie, a tym bardziej nieuzasadnione jest wzywanie tego wykonawcy do uzupełnienia wyjaśnień, po raz kolejny.

Izba stwierdziła w konsekwencji, że Zamawiający dokonał oceny wyjaśnień ww. wykonawcy z naruszeniem zasad określonych w art. 16 i 17 Pzp.

KIO 2075/23 – pozostałe zarzuty

Izba stwierdziła niezasadność zarzutu naruszenie art. 226 ust. 1 pkt 2 lit. b Pzp, poprzez zaniechanie odrzucenia oferty jako że wykonawca FHUP.Z. nie spełnia warunków udziału w postępowaniu, gdyż zgodnie z Rozdziałem XV SWZ pkt 2 ppkt 4 Zamawiający wymagał od wykonawców posiadania zdolności zawodowej w postaci dysponowania kierownikiem robót budowlanych rozbiórkowych, tj. co najmniej jedną osobą skierowaną przez wykonawcę do realizacji zamówienia publicznego, odpowiedzialną za kierowanie robotami budowalnymi, która zrealizowała co najmniej jedną robotę budowlaną polegającą na rozbiórce budynku o wartości co najmniej 500.000 zł brutto, podczas gdy wykonawca w toku postępowania przedstawił osoby, co do których nie wykazano w sposób adekwatny, że spełniają kryterium doświadczenia i z dozwoleniem wprowadzania kolejnych osób do postępowania.

Z treści SWZ, w szczególności Rozdziału XV SWZ pkt 2 ppkt 4lit. a) wynika, że warunek udziału w postępowaniu w zakresie zdolności technicznej i zawodowej wykonawcy dotyczący dysponowania osobą wskazaną jako Kierownik robót budowlanych rozbiórkowych określa jedynie konieczność posiadania przez tę osobę uprawnień do pełnienia samodzielnych funkcji technicznych w budownictwie do kierowania robotami budowlanymi w specjalności konstrukcyjno-budowlanej bez ograniczeń lub inżynieryjnej wyburzeniowej. Zamawiający nie określił warunku udziału w postępowaniu dotyczącego doświadczenia tej osoby.

Powyższy warunek wykonawca spełnia i nie było to kwestionowane przez Odwołującego. Wykonawca FHU P.Z. spełnia także warunek udziału w postępowaniu (Rozdział XV SWZ pkt 2 ppkt 4 lit.b) dotyczący wymaganego doświadczenia samego wykonawcy i w tym zakresie spełnienie warunku nie było kwestionowane przez Odwołującego.

Zamawiający dodatkowo w ramach kryterium oceny ofert punktował wykonawców, którzy wykażą się dysponowaniem osobą *z doświadczeniem zawodowym, tj. Kierownik robót budowlanych rozbiórkowych, która kierowała*

co najmniej jedną robotą budowlaną polegającą na rozbiórce budynku lub/i zespołu budynków o wartości co najmniej 500 000,00 zł brutto otrzyma 10 pkt. Natomiast w przypadku braku osoby z wymaganym powyżej doświadczeniem zawodowym - Wykonawca otrzyma 0 pkt" (Rozdział XX ust. 2 SWZ). Dla wykazanie dysponowania osobą z określonym doświadczeniem Zamawiający wymagał złożenia oświadczenia przez wykonawcę na formularzu ofertowym i żadne inne dowody w tym zakresie nie były wymagane. W zakresie kryterium doświadczenia zawodowego Kierownika robót Przystępujący spełnił postawione przez Zamawiającego wymaganie wskazując w ofercie, iż Pan G.K. wskazany jako Kierownik robót nabył doświadczenie przy realizacji zamówienia „Rozbiórka obiektu hotelowo-usługowego przy ul. Okopowej w Warszawie" zleconego przez Powiatowego Inspektora Nadzoru Budowlanego w Warszawie, wartość brutto zamówienia: 1 414 500 zł. Zamawiający nie wymagał od wykonawców przedstawienia dowodów na tę okoliczność, polegał bowiem na oświadczeniu zawartym w składanym formularzu oferty.

Podkreślić przy tym należy, że Odwołujący nie przedstawił jednak w odwołaniu zarzutu dotyczącego sposobu oceny ww. oferty w ramach kryterium, ale w zakresie zaniechania odrzucenia oferty złożonej przez wykonawcę podlegającemu wykluczeniu z powodu niespełniania warunków udziału w postępowaniu, tj. na podstawie art. 226 ust. 1 pkt 2 lit. b Pzp.

Biorąc pod uwagę wymagania Zamawiającego zawarte w SWZ zarzut powyższy Izba uznała za nieuzasadniony.

KIO 2099/23 – pozostałe zarzuty

Zarzut naruszenia 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 T.K.J. M. Sp. j. jako zawierającej rażąco niską cenę.

Izba stwierdziła, że powyższy zarzut jest zasadny.

Wykonawca T.K.J. M. Sp.j. w ramach złożonych wyjaśnień nie obalił domniemania, że cena jego oferty nie stanowi ceny rażąco niskiej w stosunku przedmiotu zamówienia, w trybie art. 224 ust. 1 Pzp.

Wyjaśnienia złożone przez wykonawcę T.K.J. M. Sp.j. są ogólnikowe i nieprecyzyjne, zawierają rozbieżność w kalkulacji w stosunku do ceny brutto złożonej oferty, w niewielkim stopniu odnoszą się do treści wezwania oraz nie zostały poparte wiarygodnymi dowodami. Wbrew obowiązkowi wynikającemu z wezwania, wykonawca T.K.J. M. Sp.j. nie przedstawił szczegółowych wyjaśnień (wraz z dowodami) dotyczących uwzględnienia w cenie oferty kosztów zatrudnienia pracowników wraz ze wszystkimi kosztami pracodawcy ponoszonymi za pracowników.

Wykonawca T.K.J. M. Sp.j. pominął w wyjaśnieniach i w kalkulacji szereg czynników kosztotwórczych (m.in. związanych z utylizacją odpadów, zakupem materiału zasypowego), zaś czynniki wymienione w wyjaśnieniach nie zostały w sposób wiarygodny wykazane. Ogólne kwoty podane w poszczególnych pozycjach nie zostały szczegółowo uzasadnione i skalkulowane z uwzględnieniem wszystkich kosztów.

Wykonawca T.K.J. M. Sp.j. nie wykazał, że dysponuje możliwością wytworzenia kruszywa budowlanego (w tym posiadanie kruszarki) w sposób zgodny z prawem (posiadanie decyzji na przetwarzanie odpadów), a także nie wykazał, że ma możliwość sprzedaży kruszywa pozyskanego z przetworzenia odpadów porozbiórkowych. Ponadto, wykonawca T.K.J. M. Sp.j. nie przedstawił dowodu na potwierdzenie kosztów utylizacji innych odpadów powstających w czasie rozbiórki (odpadów zmieszanych, papy, drewna). Do wyjaśnień z dnia 19 maja 2023 r. nie załączono żadnych dowodów potwierdzających koszty utylizacji ww. odpadów. Powyższe informacje zostały przedstawione dopiero na drugie wezwanie Zamawiającego w uzupełniniu wyjaśnień z dnia 5 czerwca 2023r.

Wykonawca T.K.J. M. Sp.j. nie przedstawił żadnych dowodów na okoliczność dysponowania własnym zapleczem sprzętowym wraz ze specjalistycznym osprzętem do prowadzenia rozbiórek (koparki, koparko-ładowarki, młoty i nożyce wyburzeniowe oraz kruszarka). Nie wyjaśnił także kosztów związanych z najmem, leasingiem bądź amortyzacją, serwisem i eksploatacją i transportem ww. sprzętu. Wykonawca nie wyjaśnił również szczegółowo kalkulacji kosztów transportu, w tym kosztów pracy samochodów ciężarowych.

Wykonawca T.K.J. M. Sp.j. zadeklarował osiągnięcie zysku ze sprzedaży 200 Mg złomu pochodzącego z rozbiórki, jednak jak wynika z przedstawionych wyjaśnień, wykonawca zamierza przekazać cały gruz do utylizacji innemu podmiotowi (oferta złożona wraz z wyjaśnieniami). Wykonawca nie zadeklarował samodzielnego przetworzenia gruzu i odzysku złomu. W tych okolicznościach całkowicie niewiarygodne są twierdzenia na temat osiągnięcia przychodu ze sprzedaży gruzu, który zostanie odsprzedany innemu podmiotowi.

Wykonawca T.K.J. M. Sp.j. nie wykazał, że okoliczności, na które się powołuje mają charakter wyjątkowy, niedostępny innym przedsiębiorcom obecnym na rynku. Do wyjaśnień nie załączono żadnych dowodów potwierdzających możliwość uzyskania jakichkolwiek oszczędności związanych z utylizacją odpadów powstających w trakcie rozbiórki. Składając wyjaśnienia na pierwsze wezwanie Zamawiającego wykonawca T.K.J. M. Sp.j. odniósł się w sposób ogólnikowy do kalkulacji kosztów w zakresie elementów wymienionych w wezwaniu oraz nie przedstawili wiarygodnych dowodów.

Wyjaśnienia wykonawcy, udzielone w trybie art. 224 ust. 1 Pzp, nie mogą mieć charakteru ogólnego, nie mogą ograniczać się do zapewnienia i deklaracji wykonawcy, że będzie on w stanie zrealizować zamówienie za podaną w

ofercie cenę. Wykonawca, wezwany do udzielenia wyjaśnień, jest zobowiązany szczegółowo wskazać konkretne, dające się zweryfikować wymierne czynniki umożliwiające mu skalkulowanie ceny lub kosztu na określonym poziomie, budzącym wątpliwości ze względu na niski poziom ceny, w porównaniu do wartości zamówienia oraz średniej arytmetycznej cen złożonych ofert, która w niniejszym postępowaniu jest miernikiem cen rynkowych ze względu choćby na dużą liczbę złożonych ofert.

Obowiązkiem Zamawiającego jest wnikliwe zbadanie wyjaśnień złożonych przez wykonawców, gdyż w przeciwnym razie następuje naruszenie w postepowaniu podstawowych zasad udzielania zamówień publicznych. Prawidłowa ocena wyjaśnień złożonych przez wykonawcę T.K.J. M. Sp.j. powinna prowadzić do negatywnej oceny wyjaśnień i odrzucenia oferty na podstawie art. 226 ust. 1 pkt 8 w zw. z art. 224 ust. 6 Pzp,

W danym stanie faktycznym potwierdził się także zarzut naruszenia art. 224 ust. 1 w zw. z art. 224 ust. 6 Pzp, poprzez ponowne wezwanie wykonawcy T.K.J. M. Sp. j., w piśmie z dnia 2 czerwca 2023 r. do złożenia wyjaśnień oraz dowodów dotyczących wyliczenia ceny oferty. W treści drugiego wezwania Zamawiający wprost stwierdził, że złożone w dniu 19 maja 2023 r. wyjaśnienia „nie uwiarygodniają w sposób wystarczający realizacji przedmiotowego zamówienia w zaoferowanej cenie". Zamawiający stwierdził bowiem, że wykonawca w wyjaśnieniach podał poszczególne ceny jednostkowe, które składają się na zaoferowaną przez nich cenę, jednakże po ich zsumowaniu Zamawiający otrzymuje inną cenę brutto niż wskazana przez wykonawcę, a ponadto, niektóre wyliczenia danej pozycji matematycznie również się nie zgadzają (np. przemnożenie pozycji utylizacji papy w ilości 250 ton x 984 zł/tonę), brak jest dowodu na utylizację papy w cenie jednostkowej 984 zł/tonę, brak jest dowodu na utylizację pozostałych odpadów zmieszanych (mat. Izolacyjne, folie, inne) w cenie jednostkowej 984 zł/tonę, wykonawca w wyliczeniu ceny ofertowej podał cenę za przekazanie do utylizacji/przetworzenia gruzu ceglanego i zmieszanego w wysokości 6,15 zł za tonę, natomiast w załączonej ofercie cenowej HYDRO MARPP Sp. z o.o. za odbiór gruzu ceglanego podano cenę 5,00 PLN/tonę.

Powyższa ocena dokonana przez Zamawiającego złożonych pierwotnie wyjaśnień nie uzasadniała ponownego wezwania do złożenia wyjaśnień. Ponowne wezwanie dotyczyło uzupełnienia pierwszych wyjaśnień, które nie były pełne, wiarygodne i przekonujące. Zauważyć należy, że ponowne wezwanie do wyjaśnień jest dopuszczalne tylko wówczas, gdy dalszego wyjaśnienia wymagają informacje zawarte w złożonych już wyjaśnieniach. Zawarte w wyjaśnieniach błędy, rozbieżności i braki nie mogą być usuwane w ramach dodatkowych wyjaśnień, gdyż narusza to zasadę uczciwej konkurencji i równego traktowania wykonawców w postępowaniu. Podobnie, Zamawiający nie może wzywać wykonawcy do przedłożenia dowodów w ramach ponownego wezwania do wyjaśnień, wówczas gdy dowody te powinny być złożone przy pierwszych wyjaśnieniach, co wynikało wprost z treści wezwania.

W następstwie powyższego, należało uznać, że potwierdził się zarzut naruszenia art. 16 pkt 1, 2 i 3 Pzp, poprzez zaniechanie przeprowadzenia postępowania o udzielenie zamówienia publicznego w sposób zapewniający zachowanie uczciwej konkurencji i równe traktowanie wykonawców oraz zgodnie z zasadami proporcjonalności i przejrzystości, tj. z naruszeniem interesu pozostałych wykonawców biorących udział w postępowaniu..

Niezasadny jest zarzut naruszenia art. 226 ust 1 pkt 5 Pzp, poprzez zaniechanie odrzucenia oferty FHU P.Z. oraz oferty T.K.J. M. Sp. j., mimo że treść tych ofert jest niezgodna z warunkami zamówienia, bowiem cena ww. ofert nie zawiera wszystkich elementów, jakie Zamawiający wskazał w opisie przedmiotu zamówienia.

Izba zważyła, że okoliczność, iż pewien koszt nie został wskazany wprost w wyjaśnianiach odnośnie zaoferowanej ceny złożonych przez wykonawcę, nie oznacza w sposób automatyczny, że oferta nie obejmuje całego zakresu zamówienia i nie odpowiada warunkom zamówienia, w rozumieniu art. 226 ust. 1 pkt 5 Pzp. Wykonawca w swojej kalkulacji ma prawo ująć zbiorczo pewne koszty.

Stawiając zarzut niezgodności treści oferty z warunkami zamówienia, to Odwołujący ma obowiązek wykazać tę niezgodność. W niniejszej sprawie Odwołujący nie wykazał, że oferta wykonawcy FHU P.Z. i oferta wykonawcyT.K.J. M. Sp. j., nie obejmuje całego zakresu przedmiotu zamówienia. Podkreślić należy, że ciężar dowodu w powyższym zakresie spoczywał na Odwołującym. Niedoszacowanie pewnych kosztów może skutkować jedynie uznaniem oferty za zawierającą rażąco niską cenę, co wprost nie dowodzi niezgodności oferty z warunkami zamówienia, jako podstawy odrzucenia oferty w oparciu o art. 226 ust. 1 pkt 5 Pzp.

W konsekwencji potwierdzenia się zarzutu dotyczącego zaniechania przez Zamawiającego odrzucenia oferty złożonej przez wykonawcę FHU P.Z. na podstawie art. 226 ust. 1 pkt 8 Pzp, jako zawierającej rażąco niską cenę, Izba stwierdziła naruszenie przez Zamawiającego przepisu art. 239 ust. 1 Pzp, poprzez dokonanie wyboru oferty wykonawcy FHU P.Z. jako oferty najkorzystniejszej, podczas gdy oferta ww. wykonawcy podlega odrzuceniu.

Uwzględniając powyższy stan rzeczy, ustalony w toku postępowania, Izba orzekła,
jak w sentencji, na podstawie art. 554 ust. 1 i 3 Pzp. Odwołania podlegały uwzględnieniu w części, gdyż stwierdzone przez Izbę naruszenie przepisów ustawy Pzp miało wpływ na wynik prowadzonego postępowania.

O kosztach postępowania odwoławczego orzeczono na podstawie art. 557 i art. 575 ustawy z dnia 11 września 2019 r. -

Prawo zamówień publicznych (tj. Dz. U. z 2022 r. poz. 1710 ze zm.) oraz § 5 pkt 1 oraz § 7 ust. 2 pkt 1 w zw. z §7 ust. 3 pkt 1 rozporządzenia Prezesa Rady Ministrów z dnia 30 grudnia 2020 r. w sprawie wysokości i sposobu pobierania wpisu od odwołania oraz rodzajów kosztów w postępowaniu odwoławczym i sposobu ich rozliczania (Dz.U. z 2020 r. 2437).

Przewodniczący: ……