KIO 4373/25

WYROK

Warszawa, 6 listopada 2025 r.

Krajowa Izba Odwoławcza - w składzie:

Przewodnicząca:Izabela Niedziałek-Bujak
Protokolantka: Aldona Karpińska

po rozpoznaniu na rozprawie 4 listopada 2025 r. w Warszawie odwołania wniesionego do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej 13 października 2025 r. przez odwołującego – wykonawcę **Przedsiębiorstwo Budownictwa Komunikacyjnego Spółka z ograniczoną odpowiedzialnością** Łomża, KRS 0000036728, w postępowaniu prowadzonym przez zamawiającego – **Mazowiecki Zarząd Dróg Wojewódzkich w Warszawie**

przy udziale przystępującego do postępowania odwoławczego po stronie zamawiającego – uczestnika Strabag Spółka z ograniczoną odpowiedzialnością, Pruszków, KRS 0000054588

orzeka:

1**Oddala odwołanie.**

2Kosztami postępowania odwoławczego obciąża odwołującego i zalicza w poczet kosztów postępowania odwoławczego 20.000 zł 00 gr. (dwadzieścia tysięcy złotych) wpisu.

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

Przewodnicząca:……

KIO 4373/25

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

W postępowaniu prowadzonym przez zamawiającego – Mazowiecki Zarząd Dróg Wojewódzkich w Warszawie w trybie przetargu nieograniczonego na *rozbudowę drogi wojewódzkiej nr 544 na odcinku od km 138+200 do km 140+700 Bagienice Szlacheckie – Amelin* (nr postępowania: 148/25) ogłoszonym w Dzienniku Urzędowym Unii Europejskiej 26.06.2025 r., OJ S 120/2025 412108-2025, wobec odrzucenia oferty i wyboru oferty najkorzystniejszej, wniesione zostało 13.10.2025 r. do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej odwołanie wykonawcy Przedsiębiorstwo Budownictwa Komunikacyjnego Sp. z o.o. z/s w Łomży (sygn. akt KIO 4373/25).

Zamawiający poinformował o czynnościach 02.10.2025 r.

Odwołujący zarzucił zamawiającemu naruszenie:

1.**art. 224 ust. 1-3 i 5-6 ustawy Pzp a contrario** poprzez błędną ocenę i nieuwzględnienie wyjaśnień odwołującego, w tym nieuwzględnienie obiektywnych czynników, które mają wpływ na wysokość zaproponowanej ceny, zwłaszcza wobec przyjęcia przez zamawiającego w art. XIV ust. 2 – 2 swz jedynie hipotetycznej ilości destruktu asfaltowego przekraczającego dopuszczalne normy zawartości wielopierścieniowych węglowodorów aromatycznych w ilości 2600 t, ze zwiększeniem lub zmniejszeniem określonego w umowie wynagrodzenia ryczałtowego na podstawie faktycznej ilości destruktu asfaltowego, jaka będzie podlegać utylizacji, na podstawie ceny jednostkowej wskazanej w ofercie, tj. także możliwości braku wystąpienia destruktu o wskazanych cechach odpadów niebezpiecznych oraz wzięcia takiej możliwości pod uwagę przez odwołującego przy obliczaniu ceny jat też korzystnego zagospodarowania destruktu w zakresie posiadanych uprawnień;

2.**art. 226 ust. 1 pkt 8 ustawy Pzp** poprzez odrzucenie oferty odwołującego w całości z powodu uznania przez zamawiającego rażąco niskiej ceny oferty wyłącznie z powodu „nieskalkulowania" jednego elementu ceny oferty, tj. stawki utylizacji za 1 tonę destruktu asfaltowego przekraczającego dopuszczalne normy zawartości wielopierścieniowych węglowodorów aromatycznych, nie mającego istotnego wpływu na jej wartość, mimo nie budzącej wątpliwości wykładni tego przepisu, iż podstawą odrzucenia oferty może być jedynie rażąco niska cena całości zamówienia.

3.**art. 17 ust. 1 i 2, art. 7 pkt 18 i art. 239 ust. 1 i 2 ustawy Pzp oraz art. XVIII ust. 1 pkt 1 i ust. 4 swz** poprzez przeprowadzenie postępowania w sposób niezapewniający osiągnięcia jego celu, tj. wyboru oferty Strabag Sp. z o.o., niemającej cech oferty najkorzystniejszej, w sytuacji możliwości udzielenia zamówienia wykonawcy oferującemu wykonanie zamówienia za kwotę o 2.552.833,20 zł niższą od ceny wybranej oferty.

Odwołujący wniósł o uwzględnienie odwołania i nakazanie zamawiającemu unieważnienia czynności odrzucenia oferty odwołującego, czynności wyboru oferty najkorzystniejszej i nakazanie powtórzenia czynności badania, oceny ofert i

wyboru oferty najkorzystniejszej.

W uzasadnieniu zarzutów odwołujący odniósł się do wyjaśnień złożonych na wezwanie zamawiającego, a dotyczących kalkulacji ceny z 27.08.2025 r. Zdaniem odwołującego zamawiający niedostatecznie uważnie i kompleksowo dokonał analizy wyjaśnień w zakresie całości oferty, jak również stawki za utylizację wraz z transportem 1 tony destruktu asfaltowego. Zamawiający uznał, że posiadane przez odwołującego decyzje środowiskowe nie pozwalają na przetwarzanie destruktu asfaltowego, zawierającego przekroczone dopuszczalne normy zawartości wielopierścieniowych węglowodorów aromatycznych (odpad o kodzie 17 03 01*). Zamawiający powinien był wyjaśnić na jakiej podstawie wykonawca przyjął założenia co do sposobu postepowania z odpadem niebezpiecznym, co pozwoliłoby na wybór oferty najkorzystniejszej, która nie zawiera rażąco niskiej ceny, a przyjęta stawka 2 zł/tonę jest prawidłowa. Kalkulując cenę odwołujący kierował się wiedzą co do braku w rozbieranej nawierzchni destruktu zawierającego przekroczone normy, na podstawie uzyskanych badań laboratoryjnych, jak również możliwością jego przetworzenia we własnym zakresie, z uwagi na zaawansowany na dzień złożenia oferty proces uzyskania decyzji środowiskowej.

Do postępowania odwoławczego przystąpił po stronie zamawiającego wykonawca Strabag sp. z o.o., którego ofertę zamawiający wybrał jako najkorzystniejszą.

Stanowisko Izby

Do rozpoznania odwołania zastosowanie znajdowały przepisy ustawy Prawo zamówień publicznych obowiązujące w dacie wszczęcia postępowania o udzielenie zamówienia, (tekst jednolity Dz. U. z 2024 r., poz. 1320 ze zm.), dalej jako Ustawa.

Rozpoznając odwołanie Izba miała na uwadze stan faktyczny ustalony w oparciu o dokumentację postępowania złożoną do akt sprawy, a także stanowiska prezentowane ustnie na rozprawie i w pismach procesowych.

W poczet materiału dowodowego włączona została dokumentacja postępowania przekazana przez zamawiającego oraz dowody złożone do czasu zamknięcia rozprawy.

Izba ustaliła.

Zgodnie z swz, rozdział IV.2:

*Szczegółowy Opis Przedmiotu Zamówienia znajduje się w Dokumentacji Przetargowej (Część IV SWZ), w Przedmiarze Robót - udostępnionym jedynie poglądowo (Część V SWZ) oraz w Kosztorysie ofertowym (w zakresie utylizacji destruktu zawierającego przekroczone dopuszczalne normy zawartości wielopierścieniowych węglowodorów aromatycznych) Część VI SWZ.**Wykonawca winien obliczyć wartość robót na podstawie załączonej dokumentacji projektowej, kosztorysu ofertowego w zakresie utylizacji destruktu, szczegółowych specyfikacji technicznych, ogólnych warunków umowy na wykonanie robót budowlanych.** Przedmiar robót ma charakter pomocniczy.*

Zgodnie z rozdziałem XIII swz wraz z ofertą sporządzoną na formularzu ofertowym (załącznik 2 do swz) wykonawcy zobowiązani byli złożyć, m.in. *Kosztorys ofertowy (w zakresie utylizacji destruktu zawierającego przekroczone dopuszczalne normy zawartości wielopierścieniowych węglowodorów aromatycznych).*

W rozdziale XIV swz – opis sposobu obliczenia ceny oferty, zamawiający wskazał:

1. *Wykonawca w druku oferty poda kwotę netto, następnie do kwoty netto doda podatek VAT i tak określi cenę brutto za wykonanie zamówienia (cenę ryczałtową). Powyższe dotyczy całości zakresu robót z wyłączeniem utylizacja destruktu asfaltowego zawierającego przekroczone dopuszczalne normy zawartości wielopierścieniowych węglowodorów aromatycznych wraz z transportem.*
2. *Ponadto w Druku oferty Wykonawca określi cenę jednostkową netto za utylizację (wraz z transportem) 1 tony destruktu asfaltowego zawierającego przekroczone dopuszczalne normy zawartości wielopierścieniowych węglowodorów aromatycznych.*

   Następnie przemnoży cenę jednostkową przez ilość (2 600 ton) i tak określi cenę netto dla pozycji kosztorysu dotyczącego utylizacji destruktu wraz z transportem. Następnie Wykonawca doda podatek VAT i w ten sposób określi cenę oferty brutto za pozycję utylizacji destruktu wraz z transportem.
3. *Na koniec Wykonawca doda cenę brutto (ryczałtową) za wykonanie zamówienia oraz cenę brutto (z kosztorysu) za utylizację destruktu wraz z transportem i tak określi cenę brutto za całość zamówienia, podając ją w zapisie liczbowym.*

zliczenie (zwiększenie lub zmniejszenie wynagrodzenia) odbędzie się na podstawie faktycznej ilości destruktu asfaltowego (zawierającego przekroczone dopuszczalne normy zawartości wielopierścieniowych węglowodorów aromatycznych)

jaka podlegać będzie utylizacji. Do niniejszego rozliczenia zostanie użyta cena jednostkowa wskazana w ofercie.

4. *Cena całkowita oferty obejmować będzie wszelkie należności wykonawcy za wykonanie całości przedmiotu niniejszego zamówienia.* ***Wykonawca określa cenę na podstawie załączonej dokumentacji projektowej, kosztorysu ofertowego w zakresie utylizacji destruktu, szczegółowych specyfikacji technicznych, ogólnych warunków umowy na wykonanie robót budowlanych. Przedmiar robót ma charakter pomocniczy.***

5. ***Udostępniony Przedmiar robót ma jedynie formę poglądową – nie stanowi podstawy do obliczania wartości zamówienia.***

6. *Cena wynikająca z oferty (ryczałtowa za wykonanie zakresu robót zgodnie z §2 ust. 1 pkt Ia. Wzoru umowy), a także cena jednostkowa za utylizację destruktu wraz z transportem zostaje ustalona na czas umowy i nie będzie podlegała zmianom, za wyjątkiem ustawowej zmiany stawki podatku VAT oraz waloryzacji wynagrodzenia ryczałtowego będącej załącznikiem do umowy.*

We wzorze formularza oferty zamawiający wymagał wskazania:

I a. *Oferujemy wykonanie Zamówienia za cenę (z wyłączeniem utylizacji):*

brutto:..... zł

I b. *Oferujemy utylizację (wraz z transportem) 1 tony destruktu asfaltowego zawierającego przekroczone dopuszczalne normy zawartości wielopierścieniowych węglowodorów aromatycznych za cenę:*

netto: …….. zł

I c. *Oferujemy utylizację (wraz z transportem) 2 600 ton destruktu asfaltowego zawierającego przekroczone dopuszczalne normy zawartości wielopierścieniowych węglowodorów aromatycznych za cenę:*

netto: ..... zł

podatek VAT .....% tj. ..... zł

brutto:..... zł

I d. *Oferujemy wykonanie całego przedmiotu zamówienia za łączną cenę (I a + I c)*

brutto:..... zł

W kosztorysie ofertowym wykonawcy zobowiązani byli do wskazania ceny jednostkowej oraz wartości za utylizację destruktu asfaltowego (wraz z transportem) zawierającego przekroczone dopuszczalne normy zawartości wielopierścieniowych węglowodorów aromatycznych z podaniem ceny za 1 t oraz dla ilości 2600,00.

W postępowaniu złożonych zostało pięć ofert z cenami: Strabag sp. z o.o. - 19.744.727,91 zł (oferta nr 1), Colas Polska sp. z o.o. – 22.388.328,88 zł (oferta nr 2), Balzola Polska sp. z o.o. – 21.334.461,55 zł (oferta nr 3), Przedsiębiorstwo Budownictwa Komunikacyjnego sp. z o.o. – 17.198.290,71 zł (oferta nr 4), Przedsiębiorstwo Budowy Dróg i Mostów sp. z o.o. – 22.212.968,35 zł (oferta nr 5).

Wartość szacunkową zamówienia zamawiający ustalił na kwotę 33.044.036,09 zł z VAT. Na sfinansowanie zamówienia przeznaczył kwotę 25.500.000,00 zł brutto. (informacja z otwarcia ofert).

W kosztorysach ofertowych wykonawcy wycenili utylizację destruktu asfaltowego: oferta nr 1 – 357,10 zł/t. (1.142.005,80 zł brutto); oferta nr 2 – 580,00 zł/t. (1.508.000,00 zł brutto); oferta nr 3 – 400,00 zł/t (1.279.200,00 zł brutto); oferta nr 4 – 2,00 zł/t (5.200,00 zł brutto); oferta nr 5 – 200,00 zł/t (639.600,00 zł brutto).

Zamawiający wezwał wszystkich wykonawców do złożenia wyjaśnień w zakresie kalkulacji cen, w tym do odwołującego wskazując w wezwaniu z 21.08.2025 r. na wymagające wykazania koszty pracy i ubezpieczenia społecznego, w tym wskazania stawki za roboczogodzinę, a także *wyjaśnienia sposobu skalkulowania ceny jednostkowej za 1 tonę destruktu w przedstawionej kalkulacji utylizacji destruktu asfaltowego zawierającego przekroczone dopuszczalne normy zawartości wielopierścieniowych węglowodorów aromatycznych wraz z kosztami transportu.*

W wyjaśnieniach z 27.08.2025 r. odwołujący, w pkt 7.3 wskazał:

Wykonawca oświadcza, iż sposób skalkulowania ceny jednostkowej za utylizację 1 tony destruktu asfaltowego, zawierającego przekroczone dopuszczalne normy zawartości wielopierścieniowych węglowodorów aromatycznych wraz z kosztami transportu wynika z ujęcia kosztów transportu destruktu w pozycji 18 d.1 oraz 19 d.1 kosztorysu robót drogowych ***(Załącznik nr*** *(11))****, co w przeciwnym razie skutkowałoby zdublowaniem kosztów. Ponadto Wykonawca nie utylizuje w/w destruktu, lecz tworzy z niego nowy produkt, wg procesów zgodnych z posiadanymi decyzjami i wykorzystuje go na potrzeby własne, bądź też oferuje go na rynku komercyjnym i sprzedaje w cenach od* ***60 do 220 zł za 1m3*** *jako mieszanki recyklingowe 0-31.5, mieszanki MCE, mieszanki RMCE-P. Właśnie w tym celu firma otrzymała dotację z PARP na zakup instalacji do produkcji recyklingowych mieszanek drogowych oraz wytwórni mieszanek drogowych na*

zimno.

02.10.2025 r. zamawiający zawiadomił wykonawców o wyniku postępowania, w którym najkorzystniejszą okazała się oferta nr 1 – Strabag sp. z o.o., a oferta odwołującego została odrzucona na podstawie art. 226 ust. 1 pkt 8 Ustawy. W uzasadnieniu odrzucenia zamawiający wskazał, że załączone do wyjaśnień decyzje nie zezwalają na przetwarzanie destruktu asfaltowego – odpadu o kodzie 17 03 01* i dowodzą, że wykonawca nie posiada zdolności do składowania czy przetwarzania odpadu o kodzie 17 03 01*. Zamawiający uznał, że z wyjaśnień wynika, że wykonawca nie skalkulował kosztów utylizacji destruktu asfaltowego zawierającego przekroczone dopuszczalne normy zawartości wielopierścieniowych węglowodorów aromatycznych.

Do odwołania załączone zostały dowody:

- wniosek z 23.09.2025 r. o wydanie decyzji o środowiskowych uwarunkowaniach;

- sprawozdanie z badań laboratoryjnych 6 próbek nawierzchni z 2207.2025 r.;

- umowa z 24.05.2025 r. na opracowanie wniosku o wydanie decyzji o środowiskowych uwarunkowaniach oraz raportu oddziaływania na środowisko przedsięwzięcia polegającego na przetwarzaniu odpadów niebezpiecznych;

- certyfikat analizy badań laboratoryjnych prób z dnia 10.10.2025 r. ALS Poland sp. z o.o. z/s w Skoczowie;

Dowody te zostały zgłoszone przez odwołującego na okoliczność wykazania, że będzie miał możliwość zagospodarowania destruktu asfaltowego w sposób wskazany w wyjaśnieniach, bez potrzeby ich utylizowania (pkt 25 odwołania).

Na rozprawie przystępujący Strabag sp. z o.o. interpretację wyników badań próbki PBK sp. z o.o. sporządzoną na jego wniosek przez akredytowane laboratorium TPA sp. z o.o. z/s w Pruszkowie, a także kartę ewidencji odpadów przekazanych w 2024 r. przez Strabag sp. z o.o. do utylizacji i pochodzących z remontu drogi wojewódzkiej nr 544 Przasnysz-Ostrołęka 143+800 oraz 149+200-151+300 powiat ostrołęcki, ze wskazaną ilością odpadów o kodzie 17 03 01* Mieszanki bitumiczne zawierające smołę (masa łączna 817,62 Mg).

Izba oddala odwołanie.

Kwestią sporną na gruncie wniesionego odwołania była ocena wyjaśnień, jakie odwołujący złożył w odpowiedzi na wezwanie do wyjaśnienia podejrzenia zaoferowania rażąco niskiej ceny, w którym to wezwaniu zamawiający wprost wskazał na konieczność wyjaśnienia kalkulacji ceny za utylizację odpadu niebezpiecznego o kodzie 17 03 01* Mieszanki bitumiczne zawierające smołę. Nie budzi bowiem sporu, że wskazana w kosztorysie ofertowym kalkulacja ceny za utylizację destruktu asfaltowego zawierającego przekroczone dopuszczalne normy zawartości wielopierścieniowych węglowodorów aromatycznych, stanowi odpad niebezpieczny o kodzie 17 03 01*. Zamawiający na podstawie wyjaśnień, w tym załączonych decyzji pozwalających na składowanie odpadów uznał, że wykonawca nie skalkulował kosztów utylizacji destruktu asfaltowego o kodzie 17 03 01* i odrzucił ofertę, jako zawierającą rażąco niską cenę (art. 226 ust. 1 pkt 8 Ustawy). Odwołujący podważając prawidłowość oceny zamawiającego w odwołaniu wykazywał okoliczności, które miałyby uzasadniać przyjęte do kalkulacji ceny założenia, tj. brak występowania na remontowanym odcinku drogi wojewódzkiej nr 544 destruktu asfaltowego zawierającego przekroczone dopuszczalne normy zawartości wielopierścieniowych węglowodorów aromatycznych, jak również możliwość ich samodzielnego przetworzenia, gdyby wystąpiła taka potrzeba.

Na podstawie stanowiska odwołującego prezentowanego na rozprawie Izba przyjęła, że nie jest spornym stwierdzenie, że w cenie 2 zł netto/t. nie zostały ujęte koszty utylizacji odpadu niebezpiecznego, gdyż jak wskazywał od początku w postępowaniu odwołujący i potwierdził na rozprawie, podstawowym założeniem kalkulacyjnym było przyjęcie, że na remontowanym odcinku drogi nie wystąpi destrukt asfaltowy o kodzie 17 03 01* (odpad niebezpieczny). Tym samym wykonawca miałby możliwość przerobienia uzyskanego destruktu w ramach prowadzonej działalności i jego dalszego wykorzystania (sprzedaży).

Na wstępie, odnosząc się do prezentowanej w odwołaniu wykładni przepisów Ustawy w zakresie stwierdzenia podstawy do odrzucenia oferty jako zawierającej rażąco niską cenę, Izba w ślad za orzecznictwem własnym, jak i Sądu Zamówień Publicznych wskazuje, iż nie jest prawidłowym wywód, jakoby żaden przepis ustawy nie uprawniał zamawiającego do odrzucenia oferty, jeżeli rażąco niska jest istotna część składowa ceny lub kosztu. W wyroku z 05.05.2022 r., sygn. XXIII Zs 36/22 Sąd Okręgowy w Warszawie za nieprawidłowy uznał wywód, że odrzucenie oferty jest możliwe wyłącznie w przypadku kiedy rażąco niska jest cena całkowita i nie jest możliwe w przypadku, gdy zarzut rażąco niskiej ceny dotyczy wyłącznie części, nawet istotnej. *Ustawa nie zawiera definicji legalnej rażąco niskiej ceny i jedyną wskazówką są stwierdzenia zawarte w przepisie nakładającym na zamawiającego obowiązek wezwania do wyjaśnień. W oparciu o te*

wytyczne ukształtowało się orzecznictwo, iż nie było możliwe odrzucenie oferty w sytuacji zakwestionowania tylko niektórych elementów (pozycji kosztorysowych), jeżeli całkowita cena lub koszt nie odbiegały od wartości zamówienia, cen innych ofert – cen rynkowych. Nowela przepisów wprowadziła istotną zmianę, gdyż pod uwagę brane powinny być nie tylko całkowita cena lub całkowity koszt, ale także ich istotne części składowe. Należy to interpretować w ten sposób, że nawet jeżeli cena całkowita nie sprawia wrażenia rażąco niskiej, a w szczególności nie jest niższa o określony wskaźnik, ale cena (koszt) jednego lub kilku istotnych składników ceny (kosztu) oferty sprawia wrażenie rażąco niskiej, to zamawiający ma obowiązek zażądać stosownych wyjaśnień. W sytuacji, w której istotne części składowe ceny okażą się niskie, podstawą odrzucenia oferty powinien stać się art. 89 ust. 1 pkt 4 Pzp (obecnie art. 226 ust. 1 pkt 8 Ustawy). *Powoduje ona, że całość oferty zawiera cenę rażąco niską, bowiem przerzucanie finansowania między częściami zamówienia w ten sposób, że część cen jest wysoka, a część rażąco niska jest niedopuszczalne. Dopuszczalne jest uznanie ceny za rażąco niską z powodu zakwestionowania jednego elementu składającego się na tę cenę, jeśli zostało wykazane, że jego znaczenie jest tak duże, że jego zaniżenie powoduje rażąco niski charakter ceny całej oferty.* W podobnym tonie wypowiedział się Sąd w kolejnym wyroku z 30.05.2025 r., sygn. XXIII Zs 69/22.

Przenosząc powyższe na okoliczności obecnej sprawy Izba wskazuje, że zamawiający mógł odrzucić ofertę jako zawierającą rażąco niską cenę, na tej podstawie, że wyjaśnienia do złożenia których wezwał wykonawcę na podstawie art. 224 ust. 1 Ustawy, nie rozwiały wątpliwości co do ceny istotnej części składowej, jaką była cena wskazana w kosztorysie ofertowym oraz formularzu oferty *za utylizację (wraz z transportem) 1 tony destruktu asfaltowego zawierającego przekroczone dopuszczalne normy zawartości wielopierścieniowych węglowodorów aromatycznych.*

W ocenie składu o istotnym charakterze składowej ceny świadczy zarówno fakt, jej wydzielenia w formularzu ofertowym jako rozliczanej odrębnie od pozostałego zakresu zamówienia, jak również wskazanie w wezwaniu do wyjaśnienia podejrzenia rażąco niskiej ceny. Wątpliwości zamawiającego dotyczyły uwzględnienia w cenie jednostkowej 2 zł/t netto kosztów utylizacji (wraz z transportem) odpadów niebezpiecznych, które należało wycenić i uwzględnić w cenie ofertowej. Tym samym po stronie wykonawcy spoczywał ciężar obalenia domniemania zaoferowania rażąco niskiej ceny istotnej części składowej, jaką była cena jednostkowa za utylizację odpadów niebezpiecznych – destruktu asfaltowego posiadającego przekroczone normy.

Oceniając wyjaśnienia Izba podobnie jak zamawiający uznała, że wykonawca nie obalił domniemania rażąco niskiej ceny, gdyż wprost z wyjaśnień wynika, że wycena kosztorysowa nie uwzględnia konieczności utylizacji odpadu niebezpiecznego. Sam odwołujący również na rozprawie podkreślał swoje prawo do tego, aby przyjąć odmienne założenia co do konieczności utylizacji odpadu niebezpiecznego, tj. braku takiej potrzeby, czym kierował się kalkulując cenę ofertową. Abstrahując w tym miejscu od motywów jakimi się kierował, Izba podkreśla, że po stronie wykonawcy nie było swobody w zakresie sposobu kalkulacji ceny za utylizację odpadów niebezpiecznych. Zamawiający w kilku miejscach podkreślał konieczność uwzględnienia w cenie oferty - *utylizację (wraz z transportem) 1 tony destruktu asfaltowego zawierającego przekroczone dopuszczalne normy zawartości wielopierścieniowych węglowodorów aromatycznych.* Sposób kalkulacji ceny w tym elemencie był jednoznacznie przesądzony przez zamawiającego, który wymagał podania ceny jednostkowej, która stanowić miała podstawę do rozliczenia tej części świadczenia, niezależnie od faktycznej ilości pozyskanego z drogi destruktu asfaltowego. Znaczenie tej pozycji dla ceny oferty należy ocenić jako istotne, gdyż nie można obecnie przesądzić jaka będzie ostateczna wartość utylizacji odpadu niebezpiecznego. Odwołujący zakładając odmiennie od zamawiającego brak występowania odpadu niebezpiecznego wskazywał na hipotetyczną wielkość 2600,00 co w ocenie Izby nie jest uzasadnione. Zmiana ilości, niezależnie od kierunku (w górę czy też w dół), nie oznacza, że wykonawca mógł przyjąć do kalkulacji ceny, że całość destruktu pozyskanego z remontowanego odcinka drogi nie będzie miała cech odpadu niebezpiecznego. Każdy z wykonawców zobowiązany był do wyceny ilości wskazanej przez zamawiającego na potrzeby kalkulacji ceny ofertowej.

W sytuacji, w której nie budzi wątpliwości, że cena 2,00 zł nie obejmuje utylizacji odpadu niebezpiecznego, przy cenach przyjętych w pozostałych ofertach na poziomie od 200,00 zł nawet do 580,00 zł za tonę netto, należało przyjąć, że istotna składowa ceny jest rażąco niska, a tym samym cała cena ma taki charakter.

Izba uznała również, że odwołujący nie wykazał, aby w ramach prowadzonej działalności miał możliwość utylizacji odpadu niebezpiecznego, co miało uzasadniać obniżenie ceny ofertowej. W szczególności nie wskazują na to dowody załączone do wyjaśnień. Wykonawca dopiero we wrześniu podjął oficjalne kroki w celu uzyskania zezwolenia na unieszkodliwianie odpadów niebezpiecznych i na moment orzekania, procedura ta nadal jest w toku i nie można określić, czy i kiedy takie pozwolenie odwołujący otrzyma. W tej sytuacji przyjęcie w momencie składania oferty, że możliwe będzie przetworzenie i wykorzystanie odpadu niebezpiecznego nie było uzasadnione, a wyjaśnienia oparte na tym założeniu nie mogły obalić domniemania rażąco niskiej ceny, skoro ta nie uwzględnia kosztów utylizacji odpadu niebezpiecznego.

Podsumowując Izba uznała, że zamawiający w sposób kompleksowy i prawidłowy dokonał oceny wyjaśnień, jakie odwołujący złożył w odpowiedzi na podejrzenie zaoferowania rażąco niskiej ceny. Zamawiający poprawnie wywiódł, że w cenie 2 zł netto/t. nie zostały ujęte koszty utylizacji odpadu niebezpiecznego, a ponieważ to na podstawie ceny jednostkowej miałoby nastąpić rozliczenie wynagrodzenia wykonawcy, nie można uznać, że pokryje ono koszty utylizacji. Nie było również podstaw do dalszego wzywania odwołującego do wyjaśnienia ceny, co do której nie było wątpliwości, że nie uwzględnia kosztów świadczenia. Nie było również podstaw do kierowania dalszych wezwań co do ustalenia etapu, na jakim jest postępowanie administracyjne w celu uzyskania pozwolenia na unieszkodliwianie przez odwołującego odpadów niebezpiecznych. Nie budzi wątpliwości, że na moment wyceny prac, odwołujący nie posiadał zezwolenia, podobnie na moment składania wyjaśnień. Procedura administracyjna zainicjowana formalnie dopiero wnioskiem w uzyskanie decyzji o warunkach środowiskowych, już po wezwaniu do złożenia wyjaśnień, nie mogła zmieniać okoliczności, jakie wykonawca zobowiązany był uwzględnić kalkulując cenę ofertową. Również w odwołaniu nie wykazał, aby faktycznie miał możliwość przyjęcia na etapie złożenia oferty i kalkulacji ceny, że w ramach prowadzonej działalności może odpady niebezpieczne przetwarzać. Nie było zatem podstaw do uznania, że zamawiający powinien to dalej badać w trybie dalszych wyjaśnień ceny.

Ponieważ podejrzenie budziła cena kosztorysowa za ten element składowej ceny oferty brutto, wykonawca zobowiązany był obalić domniemanie, czego nie uczynił. Wręcz przeciwnie potwierdził, że kalkulując cenę w tym elemencie założył, kierując się swoimi przekonaniami i wiedzą, że nie wystąpi potrzeba utylizacji odpadów niebezpiecznych zawierających smołę, a tym samym całość destruktu, jaki powstanie przy demontażu nawierzchni, nie traktował jako odpadu niebezpiecznego, który miał zostać wyceniony w ilości oszacowanej na potrzeby kalkulacji ceny. Potwierdził to również na rozprawie w wyjaśnieniach. Izba nie przyjęła jako prawidłowych i uzasadniających odstąpienie od wyceny utylizacji odpadu niebezpiecznego argumentów podważających wskazany w swz sposób kalkulacji oferty. Ponownie należy podkreślić, że wykonawca nie był uprawniony do przyjęcia odmiennych założeń niż narzucił to zamawiający wskazując konieczność wyceny 1 tony destruktu stanowiącego odpad niebezpieczny. Takim uzasadnieniem nie mogła być wiedza odwołującego, gdyż sposób kalkulacji ceny określił zamawiający aby umożliwić ocenę ofert porównywalnych i na tej podstawie wskazać ofertę najkorzystniejszą cenowo, uwzględniającej całość prac jakie wymagały wyceny. Przedstawione przez odwołującego sprawozdania z badań Izba oceniła jako nieprzydatne, gdyż wiążącymi dla sporządzenia oferty były postanowienia swz. Ponadto, słuszne były zastrzeżenia zamawiającego i przystępującego co do mocy dowodowej sprawozdań z badań próbek, co do których nie można ustalić skąd pochodziły, gdyż zostały dostarczone przez samego odwołującego. Jednocześnie przystępujący przedstawił wiarygodny dowód w postaci wydruku karty ewidencji odpadów, jakie pochodzą z drogi wojewódzkiej, na której mają być prowadzone prace, potwierdzający występowanie odpadu niebezpiecznego.

O kosztach postępowania orzeczono stosownie do wyniku na podstawie art. 575 Ustawy Prawa zamówień publicznych oraz w oparciu o przepisy § 5 ust. 2 w zw. z § 8 ust. 2 poz. 2437).
Izba zaliczyła do kosztów postępowania wpis w wysokości 20.000 zł. i obciążyła nimi w całości odwołującego.

Przewodnicząca:……..…..