Sygn. akt: KIO 598/16

WYROK
z dnia 5 maja 2016 r.

Krajowa Izba Odwoławcza - w składzie:

Przewodniczący: Marek Szafraniec

Protokolant: Łukasz Listkiewicz

po rozpoznaniu na rozprawie w dniu 4 maja 2016 r. w Warszawie odwołania wniesionego do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej w dniu 19 kwietnia 2016 r. przez wykonawcę: **Przedsiębiorstwo Budowy Dróg „Drogopol – ZW" sp. z o.o. w Katowicach (40-301), ul. Siemianowicka 52D** w postępowaniu prowadzonym przez zamawiającego: **Miejski Zarząd Ulic i Mostów w Katowicach (40-381), ul. Józefy Kantorówny 2A**

przy udziale wykonawcy: **ZRD I TZ „ROMUS" J.M., M.R. sp. j. w Katowicach (40-389), ul. Roździeńska 27B** zgłaszającego swoje przystąpienie do postępowania odwoławczego po stronie zamawiającego

orzeka:

1. **uwzględnia odwołanie i nakazuje zamawiającemu: Miejskiemu Zarządowi Ulic i Mostów w Katowicach unieważnienie czynności wyboru oferty a także czynności odrzucenia oferty złożonej najkorzystniejszej, przez Przedsiębiorstwo Budowy Dróg „Drogopol – ZW" sp. z o.o. w Katowicach, a następnie powtórzenie czynności badania i oceny ofert,**

2. kosztami postępowania obciąża zamawiającego: **Miejski Zarząd Ulic i Mostów w Katowicach** i:
   2.1. zalicza w poczet kosztów postępowania odwoławczego kwotę **10 000 zł 00 gr** (słownie: dziesięć tysięcy złotych zero groszy) uiszczoną przez wykonawcę: **Przedsiębiorstwo Budowy Dróg „Drogopol – ZW" sp. z o.o. w Katowicach** tytułem wpisu od odwołania,

---

   2.2. zasądza od zamawiającego: **Miejskiego Zarządu Ulic i Mostów w Katowicach** na rzecz wykonawcy: **Przedsiębiorstwa Budowy Dróg „Drogopol – ZW" sp. z o.o. w Katowicach** kwotę **10 000 zł 00 gr** (słownie: dziesięć tysięcy złotych zero groszy) stanowiącą koszty postępowania odwoławczego i obejmującą wpis od odwołania.

Stosownie do art. 198a i 198b ustawy z dnia 29 stycznia 2004 r. - Prawo zamówień publicznych (t.j. Dz. U. z 2015 r. poz. 2164) na niniejszy wyrok - w terminie 7 dni od dnia jego doręczenia - przysługuje skarga za pośrednictwem Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej do Sądu Okręgowego **w Katowicach.**

Przewodniczący: ……

Sygn. akt: KIO 598/16

Uzasadnienie

Postępowanie o udzielenie zamówienia prowadzone w trybie przetargu nieograniczonego na realizację zadania: „Przebudowa *skrzyżowania ul. Kołodzieja z ul. Bielską w Katowicach."* zostało wszczęte przez Miejski Zarząd Ulic i Mostów w Katowicach, zwany dalej Zamawiającym. Ustalona przez Zamawiającego wartość zamówienia, zgodnie z informacją zawartą w doręczonym przez Zamawiającego Prezesowi Izby piśmie z dnia 22 kwietnia 2016 r., nie przekraczała kwot określonych w przepisach wydanych na podstawie art. 11 ust. 8 ustawy z dnia 29 stycznia 2004 r. – Prawo zamówień publicznych (t.j. Dz. U. z 2015 r. poz. 2164), zwanej dalej ustawą Pzp. Ogłoszenie o zamówieniu zostało zamieszone

w Biuletynie Zamówień Publicznych (2015-63734) w dniu 21 marca 2016 r.

W dniu 19 kwietnia 2016 r. odwołanie wniósł wykonawca: Przedsiębiorstwo Budowy Dróg „Drogopol – ZW" sp. z o.o. w Katowicach, zwany dalej Odwołującym.

Odwołanie zostało wniesione wobec czynności odrzucenia przez Zamawiającego oferty złożonej przez Odwołującego. Odwołujący zarzucał Zamawiającemu:

1. „naruszenie *art. 90 ust. 1 i 3 w zw. z art. 89 ust. 1 pkt 4 Pzp przez nieprawidłową ocenę złożonych przez Odwołującego wyjaśnień i bezpodstawne odrzucenie oferty Odwołującego, która nie spełnia kryterium rażąco niskiej ceny;*
2. *naruszenie art. 7 ust. 1 Pzp przez niezapewnienie zachowania uczciwej konkurencji w postępowaniu i równego traktowania wykonawców".*

Zdaniem Odwołującego Zamawiający „w *sposób nieuprawniony uznał,* że *wyjaśnienia złożone w dniu 8 kwietnia 2016 r. przez Zamawiającego nie wskazują na dysponowanie przez Odwołującego indywidualnymi czynnikami, które wpływałyby na możliwość obniżenia zaoferowanej ceny".* Uzasadniając to twierdzenie wskazał na okoliczności, które miały zostać przywołane w przedstawionych Zamawiającemu wyjaśnieniach, a które potwierdzać miały występowanie wyjątkowo sprzyjających warunków wykonywania zamówienia dostępnych dla Odwołującego właśnie, tj. lokalizację bazy i wytwórni, posiadanie własnego parku maszynowego oraz posiadanie koncesji na obrót paliwami. W odniesieniu do każdej z powołanych okoliczności Odwołujący przedstawił wyliczenia mające potwierdzać słuszność jego twierdzeń. Ponadto stał on na stanowisku, że w kontekście zarzucanego mu nieprzedstawienia wyjaśnień odnoszących się do kosztów pracy, za wystarczające powinno zostać uznane złożone przez niego oświadczenie, że wszyscy jego pracownicy są

---

zatrudnieni na umowę o pracę i otrzymują wynagrodzenie zgodne z aktualnie obowiązującymi przepisami, tj. nie niższe niże 1 850 złotych brutto w roku 2016. Przywołał tu również wyraźnie określone stawki roboczogodziny dla operatorów maszyn, które zostały wprost wskazane w piśmie z dnia 8 kwietnia 2016 r. Wskazywał również odwołujący na trzy przedstawione Zamawiającemu oferty na realizację poszczególnych części zamówienia, które uzyskał od podmiotów trzecich. Jednocześnie Odwołujący twierdził, że Zamawiający przy szacowaniu wartości przedmiotu zamówienia nie uwzględnił postępujących spadków cen na asfalt i olej opałowy. Niezależnie od powyższego, w ocenie Odwołującego, przedstawione przez niego wyjaśnienia w swym kształcie odpowiadały w stopniu swej szczegółowości na ogólnie postawione przez Zamawiającego wezwanie do ich złożenia.

Uwzględniając podniesione zarzuty, Odwołujący wnosił o nakazanie Zamawiającemu unieważnienia czynności wyboru oferty najkorzystniejszej oraz czynności odrzucenia złożonej przez niego oferty, a następnie dokonania ponownego badania i oceny ofert.

W dniu 25 kwietnia 2016 r. wykonawca: ZRD I TZ „ROMUS" J.M., M.R. sp. j. w Katowicach, zwany dalej Przystępującym, doręczył Prezesowi Izby zgłoszenie przystąpienia do postępowania odwoławczego po stronie Zamawiającego.

Skład orzekający Izby wykluczył to, aby spełniona została którakolwiek z przesłanek odrzucenia odwołania ustanowionych w art. 189 ust. 2 ustawy Pzp.

Po przeprowadzeniu rozprawy z udziałem stron oraz uczestnika postępowania odwoławczego, na podstawie zebranego materiału dowodowego, z uwzględnieniem stanowisk stron oraz uczestnika postępowania odwoławczego, skład orzekający Izby ustalił i zważył, co następuje.

W pierwszej kolejności Izba stwierdziła, że Odwołującemu, w świetle przepisu art. 179 ust. 1 ustawy Pzp, przysługiwało prawo wniesienia odwołania w postępowaniu o udzielenie zamówienia prowadzonym przez Zamawiającego.

Izba postanowiła zaliczyć w poczet materiału dowodowego dokumenty przekazane na wezwanie Prezesa Izby przez Zamawiającego i poświadczone za zgodność z oryginałem. Izba nie mogła uwzględnić, jako dowodów w sprawie, dokumentów przedstawionych jej przez Zamawiającego wraz z pismem z dnia 2 maja 2016 r., albowiem dokumenty te

nie zostały, zgodnie z § 24 ust. 2 rozporządzenia Prezesa Rady Ministrów z dnia 22 marca 2010 r. w sprawie regulaminu postępowania przy rozpoznawaniu odwołań (Dz. U. z 2014 r. poz. 964), doręczone przed zamknięciem rozprawy w odpisach tak Odwołującemu, jak i Przystępującemu. Tymczasem przepis ten w sposób wyraźny zobowiązuje Strony oraz

uczestników postępowania do przedkładania pism w toku rozprawy (zgodnie z § 3 tego rozporządzenia przepisy dotyczące rozprawy stosuje się odpowiednio do posiedzeń, w których dopuszcza się udział stron, świadków lub biegłych) w odpisach dla Stron oraz uczestników postępowania. Izba, jako organ powołany do rozpatrywania odwołań, zobowiązana jest stać na straży procedury, a przede wszystkim zapewnić stronom równe traktowanie. Wobec niezapewnienia przez Zamawiającego odpowiedniej ilości egzemplarzy powołanych kopii pism zarówno Odwołujący, jak i Przystępujący, pozbawieni zostaliby możliwości zapoznania się z ich treścią oraz możliwości ustosunkowania się do ich zapisów, a tym samym ograniczone zostałoby ich prawo do obrony własnego stanowiska.

Mając na celu ocenę zasadności zarzutów podnoszonych w odwołaniu Izba ustaliła, że zgodnie pkt 13 Specyfikacji Istotnych Warunków Zamówienia (SIWZ) wykonawcy składający Zamawiającemu ofertę byli zobowiązani sporządzić kosztorys ofertowy uwzględniający wszystkie elementy i roboty wyszczególnione w przedmiarach, a cena ofertowa musiała wynikać wprost z tego kosztorysu.

Zgodnie z pkt 2.2 i 2.3 protokołu postępowania o udzielenie zamówienia wartość zamówienia została ustalona w dniu 21 marca 2016 r. na kwotę 1 930 095,25 zł, w tym wartość przewidywanych zamówień uzupełniających została ustalona na kwotę 430 604,02 zł.

Termin składania ofert, zgodnie z pkt 7.2 protokołu postępowania o udzielenie zamówienia, upłynął w dniu 5 kwietnia 2016 r. o godz. 9:55. Przed jego upływem Zamawiającemu zostało złożone sześć ofert, w których, zgodnie z pkt 9 protokołu postępowania o udzielenie zamówienia, zaoferowano odpowiednio następujące ceny: 1 821 100,73 zł (Strabag Infrastruktura Południe sp. z o.o.), 1 643 173,95 zł (Skanska S.A.), 1 309 060,02 zł (Przystępujący), 1 226 227,63 zł (Odwołujący), 1 581 323,29 zł (Bitum sp. z o.o.) oraz 1 853 740,22 zł (Eurovia Polska S.A.).

Pismem z dnia 5 kwietnia 2016 r. Zamawiający, odwołując się do przepisu art. 90 ust. 1 ustawy Pzp, wezwał Odwołującego do złożenia „wyjaśnień, *w tym złożenia dowodów, dotyczących elementów oferty"* mających wpływ na zaoferowaną przez Odwołującego cenę, „a *w szczególności kalkulacje przedstawiającą m.in. koszty pracy, których wartość przyjęta do ustalenia ceny nie może być niższa od minimalnego wynagrodzenia".*

Odwołujący przedstawione Zamawiającemu wyjaśniania zawarł w piśmie z dnia 8 kwietnia 2016 r., wraz z którym przedstawił cennik paliw Lotos wraz z fakturami potwierdzającymi zakup paliwa, faktury potwierdzające zakup asfaltu, tabelaryczne zestawienie kosztów użycia własnych maszyn w stosunku do ewentualnego kosztu wynajmu wraz z zestawieniem posiadanych przez niego środków trwałych oraz ofertami najmu sprzętu, oświadczenie

mające potwierdzać stan zatrudnienia w spółce oraz miejsce zamieszkania każdego z pracowników, a także trzy oferty cenowe jego dostawców i podwykonawców.

Zamawiający pismem z dnia 14 kwietnia 2016 r. poinformował wykonawców m.in. o uznaniu za najkorzystniejszą oferty złożonej przez Przystępującego, a także o odrzuceniu oferty złożonej przez Odwołującego. Uzasadniając tę ostatnią decyzję Zamawiający podkreślił, że cena zaoferowana przez Odwołującego była o ponad 30% niższa od wartości zamówienia, co sprawiało, że wezwanie tego Wykonawcy do złożenia wyjaśnień było uzasadnione. W ocenie Zamawiającego wyjaśnienia przestawione przez Odwołującego nie wskazują na indywidualne czynniki, które nie byłyby dostępne innym wykonawcom, a zawarta w nich argumentacja, wobec braku jakiegokolwiek odniesienia do konkurencyjnych w tym postępowaniu ofert, była dla Zamawiającego nieprzekonywująca. Zamawiający

stwierdził również, że nie zostało wykazane przez Odwołującego w jakim stopniu wpłynęły na obniżenie ceny posiadana przez niego koncesja na obrót paliwami i uzyskiwane dzięki niej upusty, a także rezygnacja z marży na stałych podwykonawcach. Podkreślał również, że nie przedstawiono mu kalkulacji kosztów pracy – zaznaczał przy tym, że oczekiwał on od Odwołującego wykazania konkretnej okoliczności „tj. że *przyjął poziom kosztów pracy nie niższy od minimalnego wynagrodzenia za pracę".*

Wobec powołanych czynności Zamawiającego Odwołujący wniósł odwołanie.

Izba, kierując się przepisem art. 192 ust. 7 ustawy Pzp, odwołanie wniesione przez Odwołującego rozpoznała w granicach zarzutów w nim zawartych i popieranych w toku postępowania odwoławczego.

Skład orzekający Izby, uwzględniając zgromadzony w sprawie materiał dowodowy oraz zakres zarzutów podniesionych w odwołaniu i podlegających kognicji Izby, doszedł do przekonania, że sformułowane przez Odwołującego zarzuty znajdują oparcie w ustalonym stanie faktycznym i prawnym, a tym samym rozpoznawane odwołanie, jako takie, zasługuje na uwzględnienie.

Skoro Izba może orzekać tylko w granicach zarzutów zawartych w odwołaniu, nie jest dopuszczalne, aby Odwołujący rozszerzał te granice już po wniesieniu odwołania, a podejmowanie przez niego takich prób nie może zostać uznane za działanie mogące skutecznie wpływać na kognicję Izby. Pamiętać przy tym należy, iż tak samo odwołanie, jak i poszczególne zarzuty w nim zawarte, formułowane są w konkretnym, zaistniałym w danej sprawie, stanie faktycznym i prawnym. Stąd też oczywistym jest to, że zarzuty podnoszone przez Odwołującego konstruowane są wobec konkretnych czynności podejmowanych przez Zamawiającego – odnoszą się one do tych czynności, jako takich,

w jaki sposób zostały one Odwołującemu przez Zamawiającego zakomunikowane. Można zatem przyjąć, iż to treść konkretnych rozstrzygnięć podejmowanych przez Zamawiającego jest główną determinantą kształtującą treść zarzutu. To do treści komunikatu Zamawiającego i przesłanek, jakie uznał on za decydujące o podjęciu konkretnej decyzji, w głównej mierze odnosić się musi Odwołujący w swym odwołaniu i zawartych w nim zarzutach. To z kolei powoduje, że nie można od niego oczekiwać, aby na etapie konstruowania zarzutów uwzględniał okoliczności, których Zamawiający nie przywołał w informacji o podjętych przez siebie czynnościach, a które de facto uznał za rozstrzygające przy podejmowaniu tych czynności.

Skoro Odwołujący nie jest uprawniony do stawiania nowych zarzutów (czy też rozszerzania zakresu zarzutów już sformułowanych) już po upływie terminu na wniesienie odwołania, to także Zamawiający, wobec faktu, iż odwołanie wnoszone jest wobec konkretnych jego czynności, nie jest władny w toku postępowania odwoławczego przed Izbą wskazywać na nowe okoliczności, które przemawiać miałyby za słusznością podjętej przez niego decyzji. Pamiętać bowiem należy, iż zgodnie z art. 180 ust. 1 ustawy Pzp odwołanie wnoszone jest wobec czynności Zamawiającego podjętej w toku postępowania o udzielenie zamówienia – podjętej, a zatem konkretnej, dokonanej i odpowiednio uzasadnionej czynności. I to do tejże właśnie czynności, i zakomunikowanych wykonawcy motywów jej podjęcia Izba odnosi zarzuty zawarte w odwołaniu i w jej kontekście bada zasadność tych zarzutów.

Kierując się tak zakrojonym poglądem, Izba rozstrzygając o zasadności zarzutów postawionych w odwołaniu, rozpoznawała je jedynie w granicach okoliczności faktycznych zakrojonych w odwołaniu i popieranych w toku postępowania odwoławczego.

Zgodnie z art. 90 ust. 1 ustawy Pzp jeżeli cena oferty wydaje się rażąco niska w stosunku do przedmiotu zamówienia i budzi wątpliwości zamawiającego co do możliwości wykonania przedmiotu zamówienia zgodnie z wymaganiami określonymi przez zamawiającego lub wynikającymi z odrębnych przepisów, w szczególności jest niższa o 30% od wartości zamówienia lub średniej arytmetycznej cen wszystkich złożonych ofert, zamawiający zwraca się o udzielenie wyjaśnień, w tym złożenie dowodów, dotyczących elementów oferty

mających wpływ na wysokość ceny, w szczególności w zakresie: (1) oszczędności metody wykonania zamówienia, wybranych rozwiązań technicznych, wyjątkowo sprzyjających warunków wykonywania zamówienia dostępnych dla wykonawcy, oryginalności projektu wykonawcy, kosztów pracy, których wartość przyjęta do ustalenia ceny nie może być niższa od minimalnego wynagrodzenia za pracę ustalonego na podstawie art. 2 ust. 3-5 ustawy z dnia 10 października 2002 r. o minimalnym wynagrodzeniu za pracę (Dz. U. Nr 200,

poz. 1679, z 2004 r. Nr 240, poz. 2407 oraz z 2005 r. Nr 157, poz. 1314); (2) pomocy publicznej udzielonej na podstawie odrębnych przepisów. Przepis art. 90 ust. 2 Pzp stanowi, że obowiązek wykazania, że oferta nie zawiera rażąco niskiej ceny, spoczywa na wykonawcy, zgodnie zaś z art. 90 ust. 3 ustawy Pzp Zamawiający odrzuca ofertę wykonawcy, który nie złożył wyjaśnień lub jeżeli dokonana ocena wyjaśnień wraz z dostarczonymi dowodami potwierdza, że oferta zawiera rażąco niską cenę w stosunku do przedmiotu zamówienia. Tym samym to wykonawca, będąc do tego wezwanym przez Zamawiającego, jest obowiązany wykazać Zamawiającemu, w tym poprzez złożenie odpowiednich dowodów, że zaoferowana przez niego cena nie jest rażąco niska. Izba podziela przy tym stanowisko wyrażone w sprawie KIO 1410/15, zgodnie z którym: „przywołany *przepis ustawy P.z.p. (art. 90 ust. 1) w brzmieniu obowiązującym dla niniejszego postępowania o udzielenie zamówienia publicznego, tj. w brzmieniu obowiązującym od dnia 19 października 2014 r., pozwala na przyjęcie tezy,* że *dowody składane przez wykonawców na wezwanie zamawiającego mogą mieć różnoraki charakter. Art. 90 ust. 1 ustawy P.z.p. w nowym brzmieniu stanowi bowiem,* że *zamawiający zwraca się do konkretnego wykonawcy, w określonych w tym przepisie warunkach, o udzielenie wyjaśnień, w tym o złożenie dowodów dotyczących elementów mających wpływ na wysokość ceny. Powyższą regulację należy interpretować łącznie z dyspozycją art. 90 ust. 2 ustawy P.z.p., który to przepis wprost wskazuje na obowiązek wykazania przez wykonawcę,* że *jego oferta nie zawiera rażąco niskiej ceny. Tak więc, w* świetle *wskazanych regulacji prawnych, to wykonawca wszelkimi niezbędnymi* środkami *dostępnymi w danej sprawie i uzasadnionymi w konkretnym stanie faktycznym, powinien wykazać zamawiającemu,* że *jego cena nie jest rażąco niska, pomimo wypełnienia się określonych ustawowych przesłanek podejrzenia rażąco niskiej ceny w jego ofercie. Przywołane przepisy nie określają nawet przykładowego katalogu dowodów, które wykonawca zobowiązany jest złożyć zamawiającemu w celu uzasadnienia racjonalności i rynkowej wyceny swojej oferty. Każdy więc dowód adekwatny do konkretnej sytuacji może być przedstawiony przez wykonawcę zamawiającemu, a następnie podlega on ocenie przez samego zamawiającego. W niektórych sytuacjach - zwłaszcza biorąc pod uwagę charakter przedmiotu zamówienia - dowody, które można określić jako "zewnętrzne" mogą okazać się niezbędne. Powyższe, w ocenie Izby, będzie mogło mieć zastosowanie, jeżeli mamy do czynienia z przedmiotem zamówienia, gdzie jego zasadnicza część (zakres) muszą zostać zakupione przez wykonawcę zamówienia od innych podmiotów (zakup określonych materiałów, produktów czy też wykonanie określonych usług poza przedsiębiorstwem wykonawcy). W takiej sytuacji, jeżeli wykonawca dokonuje wskazanych zakupów po zaniżonych, nierynkowych cenach, powinien przedstawić zamawiającemu wraz z pochodzące udzielanymi wyjaśnieniami właściwe "zewnętrzne" dowodowy*

od podmiotów, od których dokonuje wskazanego zakupu na określonych zasadach, po zaniżonych cenach (np. specjalne oferty zakupowe, upusty itp.), pozwalających mu obiektywnie na taki zakup. W niektórych przypadkach natomiast, jeżeli przedmiot zamówienia nie wymaga szczególnych, zakupów czy też dokonywania zleceń wykonywania określonych prac podwykonawcom, wyjaśnienia uzasadnione dowodowo mogą sprowadzać się do przedstawienia przez wykonawcę właściwych własnych i szczegółowych kalkulacji kosztów, związanych z wytworzeniem określonych przez wykonawcę określonych produktów.”

Istotnym w rozpoznawanej sprawie jest to, że Zamawiający w treści wezwania wskazał na jego podstawę prawną, tj. na przepis art. 90 ustawy Pzp, oraz ogólnie przytoczył jego

fragment wskazując, że wymaga złożenia mu „wyjaśnień, *w tym złożenia dowodów, dotyczących elementów oferty"* mających wpływ na zaoferowaną przez Odwołującego cenę, dopisując przy tym, że oczekuje „w *szczególności kalkulacje przedstawiającą m.in. koszty pracy, których wartość przyjęta do ustalenia ceny nie może być niższa od minimalnego wynagrodzenia".* Zestawiając treść tego wezwania z uzasadnieniem odrzucenia oferty złożonej przez Odwołującego, uzasadnionym wydaje się przekonanie, że intencją Zamawiającego, co prawidłowo odczytał Odwołujący, było uzyskanie zapewnienia, że Wykonawca ten w sporządzonej przez siebie kalkulacji ceny uwzględnił koszty pracy, których wartość przyjęta do ustalenia ceny nie była niższa od minimalnego wynagrodzenia. W piśmie z dnia 14 kwietnia 2016 r. Zamawiający stwierdził bowiem wyraźnie, że oczekiwał od Odwołującego wykazania i udowodnienia konkretnej okoliczności „tj. że *przyjął poziom kosztów pracy nie niższy od minimalnego wynagrodzenia za pracę".*

W ocenie Izby, wobec takiej, ogólnej *de facto,* treści wezwania Zamawiającego, nieuzasadnionym było czynienie Odwołującemu zarzutu z tego, że złożone przez niego wyjaśnienia były zbyto ogólne w swej treści – nie można ich bowiem uznać, za nieadekwatne do postawionego pytania. Co przy tym istotne, Odwołujący, składając Zamawiającemu swoje wyjaśnienia, nie ograniczył się jedynie do nich, ale poparł je również korespondującymi z nimi wyliczeniami, zapewnieniami lub dowodami zewnętrznymi.

Co do kosztów pracy – te w wezwaniu z dnia 5 kwietnia 2016 r. jako jedyne przywołane zostały przez Zamawiającego wprost spośród wszystkich okoliczności, do których odnosi się przepis art. 90 ust. 1 ustawy Pzp – dostrzeżenia wymagało to, że w pkt 2 na stronie 3 wyjaśnień z dnia 8 kwietnia 2016 r. Odwołujący wprost oświadczył, że „zatrudnia *pracowników miejscowych lub z miast ościennych"* (okoliczność dodatkowo potwierdzona zaświadczeniem z działu kadr – str. 29 wyjaśnień), że „wszyscy *pracownicy zatrudnieni są na podstawie umowy o pracę zgodnie z przepisami kodeksu pracy",* a „wynagrodzenia

wszystkich (...) *przekraczają wartość minimalnego wynagrodzenia określonego w oparciu o przepisów ustawy o minimalnym wynagrodzeniu".* Nadto, jak to podnosił Odwołujący w odwołaniu na jego 7 stronie w przedstawionej na stronie 20 wyjaśnień tabeli zawierającej zestawienie kosztów użycia własnych maszyn w stosunku do ewentualnego kosztu ich najmu wykazane zostało, że w przypadku operatorów poszczególnych maszyn wynagrodzenie za roboczogodzinę „jest *nie niższe niż kwota 14 zł brutto, a to z kolei wprost przesądza o tym, że wynagrodzenie zatrudnionych pracowników przekracza wartość minimalnego wynagrodzenia za pracę gwarantowanego ustawą".*

Tak przedstawione wyjaśnienia i zawarte w nich oświadczenia odnoszące się do przewidzianych przez Odwołującego kosztów pracy, w kontekście oświadczenia Zamawiającego zawartego w uzasadnieniu odrzucenia złożonej przez Odwołującego oferty, gdzie Zamawiający, jak to już wskazano oczekiwał od Odwołującego wykazania konkretnej okoliczności „tj. że *przyjął poziom kosztów pracy nie niższy od minimalnego wynagrodzenia za pracę",* powinny zostać uznane za wystarczające. W świetle oświadczeń złożonych przez Odwołującego jednoznacznym wydawało się stwierdzenie, że każdy z pracowników Odwołującego otrzymuje wynagrodzenie nie niższe niż minimalne, wypełniony został tym samym cel, dla którego Zamawiający wzywał Odwołującego do przedstawienia mu kalkulacji kosztów pracy – uzyskał on bowiem wyraźne zapewnienie, że wymagane przez niego stawki (wyższe od minimalnego wynagrodzenia) są stosowane wobec wszystkich pracowników Odwołującego.

Ważnym jest również to, że Odwołujący nie ograniczył swych wyjaśnień jedynie do tego aspektu kalkulacji ceny ofertowej, o który Zamawiający wyraźnie pytał (tj. kosztów pracy), ale wskazał w nich również na inne, istotne w jego ocenie okoliczności kształtujące zaoferowaną przez niego cenę – wskazał on m.in. na: (1) posiadanie własnego zaplecza technicznego i bazy przedsiębiorstwa w bliskiej odległości od miejsca wykonania przedmiotu, co skutkować miało obniżeniem kosztów transportu i brakiem konieczności najmu terenu na bazę; (2) możliwość składowania materiałów po rozbiórce oraz ich segregacji i odzyskiwania z nich materiałów do ponownego wykorzystania (sprzedaży lub na potrzeby własnych robót) – wskazał przy tym zestawienie wskazujące na posiadany przez siebie

Program Gospodarki Odpadami oraz szereg decyzji (przywołanych konkretnych sygnatur wraz z dniem wydania) dotyczących pozwolenia na wytwarzanie odpadów z uwzględnieniem ich odzysku, zbierania i transportu, a także decyzję dotyczącą pozwolenia na wprowadzanie gazów lub pyłów do powietrza; (3) posiadanie własnego sprzętu i urządzeń do realizacji przedmiotu zamówienia (str. 21 i n. wyjaśnień – wyciąg z wykazu środków trwałych), co miało pozwolić zaoszczędzić na najmie tych urządzeń i maszyn (str. 20 i 26 i n. wyjaśnień

– tabelaryczne zestawienie kosztów użycia własnych maszyn w stosunku do ewentualnego kosztu wynajmu wraz z ofertami najmu sprzętu); (4) posiadanie dwóch wytwórni mas bitumicznych w Katowicach (a więc mieście, w którym realizowany miał być przedmiot zamówienia) i w Piekarach Śląskich; (5) posiadanie własnej wykwalifikowanej kadry, pozwalającej oszczędzać dzięki braku konieczności zlecania robót (6) posiadanie koncesji na obrót paliwami ciekłymi (na str.4 wyjaśnień wskazana została sygnatura i dzień wydania), mające pozwalać na zakup paliwa bezpośrednio z rafinerii, co pozwalało na zyskaniu 3-4% upustu od wartości rynkowej (str. 7 i n. wyjaśnień – cennik paliw Lotos wraz z fakturami potwierdzającymi zakup paliwa); (7) korzystanie z atrakcyjnych rabatów na zakup materiałów, m.in. asfaltu do produkcji mieszanek mineralno-bitumicznych (str. 13 i n. wyjaśnień – faktury potwierdzające zakup asfaltu); (8) posiadanie stałych, wieloletnich i a nadto rezygnacja z marży sprawdzonych podwykonawców, na podwykonawcach (str. 30 i n. wyjaśnień – trzy oferty cenowe jego dostawców i podwykonawców). Na koniec, Odwołujący zapewniał też Zamawiającego o uwzględnieniu w swej kalkulacji zysku w wysokości 2% od wartości kontraktu.

Wyjaśnienia o takiej treści były znane Zamawiającemu w dniu dokonania przez niego kwestionowanych w odwołaniu czynności, niemniej jednak uzasadniając odrzucenie oferty złożonej przez Odwołującego nie odniósł się on w sposób wyraźny do przedstawionych mu argumentów (w sposób inny niż generalne stwierdzenie, że Odwołujący nie porównał w swych wyjaśnieniach powoływanych przez siebie okoliczności do sytuacji innych wykonawców uczestniczących w tym postępowaniu o udzielenie zamówienia), a co szczególnie istotne Zamawiający nie kwestionował w sposób bezpośredni wyliczeń i dowodów przestawionych przez Odwołującego.

W tych okolicznościach sprawy, w kontekście treści uzasadnienia czynności odrzucenia złożonej przez Odwołującego oferty, a także braku jakichkolwiek dowodów, które mogłyby świadczyć o tym, że argumenty i dowody przedstawione przez Odwołującego należałoby uznać za niewiarygodne, Izba nie znalazła podstaw, aby przyjąć, że przedstawione przez tego wykonawcę wyliczenia i dowody nie potwierdzały tego, że zaoferowana przez niego cena jest realna. W szczególności wobec faktu, że cena oferty uznanej przez Zamawiającego za najkorzystniejszą przewyższała cenę zaoferowaną przez Odwołującego o niewiele ponad osiemdziesiąt tysięcy złotych, a Odwołujący wraz z pismem z dnia 8 kwietnia 2016 r. wskazał na szereg okoliczności, które mogły oddziaływać na poziom zaoferowanej przez niego ceny.

Kierując się tak poczynionymi ustaleniami Izba uznała, że wykazane zostało przez Odwołującego naruszenie przez Zamawiającego przepisów przywołanych w odwołaniu

– w świetle zebranego w sprawie materiału dowodowego decyzji o odrzuceniu oferty złożonej przez Odwołującego nie można było uznać za zasadną.

Biorąc powyższe pod uwagę, Izba, działając na podstawie art. 192 ust. 1 ustawy Pzp, orzekła jak w sentencji.

O kosztach postępowania odwoławczego orzeczono na podstawie art. 192 ust. 9 i 10 ustawy Pzp, stosownie do wyniku postępowania, oraz w oparciu o przepisy rozporządzenia Prezesa Rady Ministrów z dnia 15 marca 2010 r. w sprawie wysokości i sposobu pobierania wpisu od odwołania oraz rodzajów kosztów w postępowaniu odwoławczym i sposobu ich rozliczania (Dz. U. Nr 41, poz. 238).

Przewodniczący: ……