

Sygn. akt: KIO 588/21

WYROK
z dnia 25 marca 2021 roku

Krajowa Izba Odwoławcza - w składzie:

Przewodniczący: Justyna Tomkowska

Protokolant: Piotr Cegłowski

po rozpoznaniu na rozprawie w dniu **23 marca 2021 roku w Warszawie** odwołania wniesionego do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej w dniu **22 lutego 2021 roku** przez wykonawcę Odwołującego - **Akpe Group Spółka z ograniczoną odpowiedzialnością w Katowicach**

w postępowaniu prowadzonym przez Zamawiającego: **Państwową Wyższą Szkołę Filmową Telewizyjną i Teatralną im. L. Schillera w Łodzi**

przy udziale wykonawcy zgłaszającego przystąpienie do postępowania odwoławczego po stronie Zamawiającego - **ITL Marek Kiciński, Marcin Chęć Spółka jawna z siedzibą w Częstochowie**

orzeka:

1. Umarza postępowanie w zakresie naruszenia art. 92 ust. 1 w zw. z art. 7 ust. 1 oraz art. 8 ust. 1 ustawy Pzp z powodu wycofania zarzutu przez Odwołującego;
2. Oddala odwołanie w pozostałym zakresie.
3. Kosztami postępowania obciąża **Odwołującego - Akpe Group Spółka z ograniczoną odpowiedzialnością w Katowicach i:**
 - 2.1. zalicza w poczet kosztów postępowania kwotę **10 000 zł 00 gr** (słownie: dziesięć tysięcy złotych zero groszy) uiszczoną przez **Odwołującego - Akpe Group Spółka z ograniczoną odpowiedzialnością w Katowicach** tytułem wpisu od odwołania;

Stosownie do art. 579 i 580 ustawy z dnia 11 września 2019 r. - Prawo zamówień publicznych (tekst jednolity Dz.U.2019 r., poz. 2019 ze zmianami) 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:

.....

UZASADNIENIE

Dnia 22 lutego 2021 roku do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej w Warszawie, na podstawie art. 513 ust. 1 i 2 ustawy z dnia 11 września 2019 r. Prawo zamówień publicznych (Dz. U. z 2019, poz. 2019 - zwanej dalej „ustawą nPzp”), odwołanie złożył wykonawca **Akpe Group Spółka z ograniczoną odpowiedzialnością w Katowicach**, dalej jako „Odwołujący”.

Zamawiający: **Państwowa Wyższa Szkoła Filmowa Telewizyjna i Teatralna im. L. Schillera w Łodzi** prowadzi w trybie przetargu nieograniczonego postępowanie o udzielenie zamówienia publicznego, którego przedmiotem jest *„Rozbiórka budynków fabryki termometrów na terenie Państwowej Wyższej Szkoły Filmowej Telewizyjnej i Teatralnej im. L. Schillera w Łodzi”*. Ogłoszenie o zamówieniu ukazało się w Biuletynie Zamówień Publicznych pod nr 769660-N-2020 z dnia 21.12.2020 r.

Odwołanie złożono wobec czynności Zamawiającego z dnia 17 lutego 2021 roku, polegających na:

1. uznaniu oferty wykonawcy za najkorzystniejszą oraz nieodrzczeniu tej oferty;
2. uznaniu oferty BAKAMAX Sp. z o.o. jako drugą w kolejności ofert najkorzystniejszych i nieodrzczeniu oferty BAKAMAX.

Odwołujący zarzucał naruszenie następujących przepisów ustawy Pzp:

1. art. 92 ust. 1 w zw. z art. 7 ust. 1 oraz art. 8 ust. 1 ustawy Prawo zamówień publicznych z dnia 29 stycznia 2004 [Dz. U. z 2019 r. poz. 1843 ze zm., dalej jako „ustawa Pzp”], poprzez zaniechanie podania podstawy faktycznej i prawnej uzasadnienia decyzji o wyborze oferty najkorzystniejszej, które spowodowało naruszenie zasady przejrzystości postępowania o udzielenie zamówienia publicznego oraz zasady jawności;
2. art. 89 ust. 1 pkt 4 ustawy Pzp poprzez jego błędne zastosowanie polegające na zaniechaniu odrzucenia ofert ITL Marek Kiciński, Marcin Chęć Sp.j. oraz BAKAMAX Sp. z o.o., pomimo rażąco niskiej ceny w stosunku do przedmiotu zamówienia;
3. art. 91 ust. 1 w zw. z art. 7 ust. 1 i 3 ustawy Pzp, poprzez dokonanie oceny ofert ITL oraz BAKAMAX w sposób niezajdujący oparcia w zapisach SIWZ, co stanowiło naruszenie zasady uczciwej konkurencji i równego traktowania wykonawców, a czego konsekwencją było zniżenie punktacji oferty Odwołującego przy jednoczesnym zawyżeniu punktacji ITL oraz BAKAMAX, co doprowadziło do bezpodstawnego wyboru jako najkorzystniejszej oferty, oferty ITL, a w drugiej kolejności oferty BAKAMAX.

Wobec powyższego Odwołujący wnosił o:

1. uwzględnienie odwołania w całości;
2. unieważnienie czynności wyboru oferty najkorzystniejszej;
3. nakazanie powtórzenia czynności badania i oceny złożonych ofert;
4. odrzucenie ofert ITL oraz BAKAMAX;
5. wybór oferty Odwołującego jako najkorzystniejszej;
6. zasądzenie na rzecz Odwołującego kosztów postępowania według norm przepisanych.

Odwołujący wskazał, że ma interes we wniesieniu odwołania, gdyż jest wykonawcą biorącym udział w postępowaniu, a złożona przez niego oferta uplasowała się na trzeciej pozycji w rankingu ofert. W wyniku naruszenia przez Zamawiającego przepisów ustawy, interes Odwołującego w uzyskaniu zamówienia doznał uszczerbku. W przypadku prawidłowego działania Zamawiającego oferty przedstawione przez ITL oraz BAKAMAX winny zostać odrzucone jako niezgodne z warunkami przetargu oraz przepisami ustawy. Odwołujący może ponieść szkodę, a to uprawnia go do skorzystania ze środków ochrony prawnej, jak o tym mowa w art. 505 ustawy nPzp.

Wartość zamówienia jest niższa niż progi unijne. Zamawiający podjął zaskarżoną czynność w dniu 17 lutego 2021 r., a więc odwołanie zostało wniesione z zachowaniem ustawowego 5-dniowego terminu, o którym mowa w art. 515 ust. 1 pkt 2 ustawy nPzp. Kopia odwołania została prawidłowo przekazana Zamawiającemu. Odwołujący uiścił wpis w wymaganej wysokości na rachunek UZP.

Zarzut I - zaniechanie prawidłowego uzasadnienia decyzji o wyborze oferty najkorzystniejszej oferty.

W myśl art. 253 ust 1 nPzp zamawiający informuje niezwłocznie wszystkich wykonawców o:

1. wyborze najkorzystniejszej oferty podając punktację przyznaną ofertom w każdym kryterium oceny ofert i łączną punktację,
 2. wykonawcach, którzy zostali wykluczeni,
 3. wykonawcach, których oferty zostały odrzucone, powodach odrzucenia oferty, a w przypadkach, o których mowa w art. 89 ust 4 i 5, braku równoważności lub braku spełniania wymagań dotyczących wydajności lub funkcjonalności,
 4. wykonawcach, którzy złożyli oferty niepodlegające odrzuceniu, ale nie zostali zaproszeni do kolejnego etapu negocjacji albo dialogu,
 5. dopuszczeniu do dynamicznego systemu zakupów,
 6. nieustanowieniu dynamicznego systemu zakupów,
 7. unieważnieniu postępowania
- podając uzasadnienie faktyczne i prawne.

Wszelkie zatem czynności związane z wyborem najkorzystniejszej oferty muszą zostać uzasadnione przez zamawiającego zarówno pod względem faktycznym, jak i prawnym. W każdym przypadku wykonawcy powinni mieć możliwość prześledzenia procesu decyzyjnego zamawiającego, a zatem wiedzieć, na jakiej podstawie ich własna oferta czy też oferta konkurencji została oceniona w dany sposób.

W prowadzonym postępowaniu Zamawiający informując o przyznanej punktacji i wyborze oferty najkorzystniejszej ograniczył się do wskazania liczby punktów przyznanych każdemu z wykonawców w obu kryteriach (cenowym i pozacenowym). Nie poinformował natomiast dlaczego punktacja w kryterium cenowym ustalona w określony sposób. Na jej podstawie wykonawcy nie mogą ustalić, jakie przesłanki skłoniły Zamawiającego do podjęcia decyzji. Prawo wykonawców do poznania podstaw rozstrzygnięcia Zamawiającego zostało ograniczone, podobnie jak prawo do odwołania się od decyzji Zamawiającego. Brak pełnego uzasadnienia podejmowanych decyzji powoduje, że odwołanie wnoszone jest do pewnego stopnia „na oślep”, z koniecznością dokonania pewnych założeń i przypuszczeń odnośnie powodów rozstrzygnięcia Zamawiającego. Takie odwołanie jest obarczone ryzykiem nieprawidłowego odczytania toku myślowego Zamawiającego, a zatem uprawnienie wykonawcy do poddania kontroli działania Zamawiającego jest ograniczone.

Każdy wykonawca jest uprawniony do tego, by wiedzieć, na jakiej podstawie jego oferta została oceniona w taki czy inny sposób. Biorąc pod uwagę kryteria oceny ofert, sformułowane przez Zamawiającego uzasadnienie faktyczne nie może sprowadzać się jedynie do podania łącznej punktacji, czy też nawet przyznania określonej sumy punktów w danym podkryterium. Nie może być wątpliwości, że to rolą Zamawiającego było przedstawienie wykonawcom jasnego uzasadnienia dokonanej oceny ofert oraz wskazanie, na jakiej podstawie przyznał on poszczególnym oferentom określoną liczbę punktów. Skoro ocena ofert jest kluczowym momentem postępowania, tym bardziej starannie to uzasadnienie powinno być sporządzone. Wykonawcy powinni być świadomi powodów gorszej oceny ich ofert i powinni mieć możliwość zaskarżenia tejże decyzji, uprzednio znając jej motywów.

Zarzut II - zaniechanie odrzucenia ofert ITL oraz BAKAMAX pomimo rażąco niskiej ceny w stosunku do przedmiotu zamówienia

Cena realizacji zamówienia zaproponowana w ofercie ITL w wysokości 678.981,87 zł w sposób znaczący odbiega od wartości szacunkowej zamówienia. Kwota zaproponowana w ofercie jest niższa o 66,08% od szacunkowej wartości zamówienia powiększonej o podatek od towarów i usług. Sam Zamawiający wskazał, że kwota zaproponowana przez podmiot jest kwotą, która wydaje się rażąco niska w stosunku do przedmiotu zamówienia i wezwał go do złożenia wyjaśnień.

ITL wezwana do wyjaśnień dotyczących ceny nie odniosła się do złożonej oferty, której częścią składową był kosztorys ofertowy. Załączyła jedynie zestawienie kosztów własnych „Koszty Wykonawcy” jako element oferty mający wpływ na wysokość ceny. Dowody te jednak nie mogą zostać uznane za przekonujące - cena wydaje się być skalkulowana w sposób nierzetelny i nie pokrywa wszystkich niezbędnych kosztów realizacji całości przedmiotu zamówienia.

Wykonawca ITL w złożonych Zamawiającemu wyjaśnieniach nie udokumentował w sposób obiektywny i wyczerpujący, iż wskazana w ofercie cena nie jest rażąco zaniżona w tym przede wszystkim znaczeniu, że obejmuje kalkulację całości kosztów oraz również uwzględnia zysk. Spółka określiła w swoich wyjaśnieniach zysk na poziomie ok. 36%, podczas gdy w kosztorysie ofertowym zysk stanowił zaledwie 7%. Przyczyny tak dalece idącej rozbieżności nie zostały w żaden sposób udokumentowane bądź też w inny sposób wyjaśnione. Zamawiający dysponuje uprawnieniem do swobodnej oceny wyjaśnień wzywanego wykonawcy i brak jest konkretnego katalogu dowodów, które oferent powinien przedstawić w celu wykazania braku rażąco niskiej ceny jednak ocena ta nie może być dokonana w sposób dowolny, oderwany od przedstawionej przez danego wykonawcę oferty. Umnęło uwadze Zamawiającego, iż ITL przedstawiła kosztorys - zestawienie kosztów własnych („Koszty Wykonawcy”), w którym nie są widoczne wszystkie składniki cenotwórcze, nie przedstawiła ofert podwykonawców robót, nie udowodniła, że posiada ciężki sprzęt do robót ziemnych ani nie przedstawiła ofert podwykonawców na wykonanie przedmiotowego zakresu. Podmiot ten przedstawił tylko oferty na część materiałów, a nie na wszystkie, zaś Zamawiający nie wezwał do uzupełnienia i przedstawienia pozostałych ofert. Nadto dogłębna analiza danych wynikających z oferty ITL oraz udzielonych przez niego wyjaśnień podaje w wątpliwość czy ujęte zostały wszystkie istotne koszty związane z realizacją zadania oraz czy te koszty, które przedstawiono, zostały wyliczone na właściwym poziomie.

Cena wskazana przez ITL jawi się jako nierealistyczna, za którą nie jest możliwe wykonanie zamówienia w należyty sposób i która wskazuje na zamiar realizacji zamówienia poniżej kosztów własnych wykonawcy, nie pozwala na wygenerowanie przez Wykonawcę zysku, a wyjaśnienia nie znajdują uzasadnienia. Wyjaśnienia wymagane od wykonawców muszą obiektywnie przekonywać, że podana przez nich cena rzeczywiście nie jest rażąco niska oraz, że dla zakwalifikowania oferty do dalszego postępowania nie jest wystarczające złożenie jakichkolwiek wyjaśnień, lecz takich, które przekonują, że oferta nie zawiera rażąco niskiej ceny. Istniejąca rozpiętość cenowa i zwrócenie się Zamawiającego do ITL o udzielenie wyjaśnień elementów mających wpływ na wysokość ceny, powinna spowodować, że Spółka w sposób szczególnie rzetelny, spójny i kompleksowy wyjaśni przyjęte do kalkulacji ceny oferty stawki; nie podolała jednak temu obowiązкови.

Zamawiający miał zatem obowiązek odrzucić ofertę ITL bowiem dokonana ocena wyjaśnień wraz z dostarczonymi dowodami potwierdza, że oferta zawiera rażąco niską cenę w stosunku do przedmiotu zamówienia.

Odwołujący przedstawił dokładnie wyliczenia, z których wynikać ma, iż cena oferty ITL jest rażąco zaniżona, co powinno wzbudzić uzasadnione wątpliwości Zamawiającego. Załączony do oferty kosztorys ITL ofertowy wykazywał wiele uchybień, takich jak:

1. Zmienione (zmniejszone) zostały nakłady mające zostać przeznaczone na koszty robocizny w stosunku do nakładów wynikających z podstaw wycen w kosztorysie ofertowym:

- poz. 2 zmienione nakłady na R z 0,33 na 0,133;
- poz. 3 zmienione nakłady na R z 0,54 na 0,254;
- poz. 4 zmienione nakłady na R z 5,88 na 0,256;
- poz. 19 zmienione nakłady na R z 1,5 5 na 0,55;
- poz. 20 zmienione nakłady na R z 0,2 na 0,12;
- poz. 22 zmienione nakłady na R z 0,29 na 0,029;
- poz. 27 zmienione nakłady na R z 3,33 na 1,33;
- poz. 36 zmienione nakłady na R z 0,51 na 0,051;
- poz. 37 zmienione nakłady na R z 32,47 na 2,47;
- poz. 40 zmienione nakłady na R z 3,33 na 0,33;
- poz. 48 zmienione nakłady na R z 0,51 na 0,051;
- poz. 49 zmienione nakłady na R z 32,47 na 2,47;
- poz. 52 zmienione nakłady na R z 3,33 na 0,33;
- poz. 60 zmienione nakłady na R z 0,51 na 0,051;
- poz. 61 zmienione nakłady na R z 32,47 na 2,47;
- poz. 64 zmienione nakłady na R z 3,1 na 0,56;

Odwołujący przyznał, że podmiot mógł zmieniać nakłady na koszty robocizny, jednak mógł to zrobić dopiero po zmianie podstawy wyceny, wg KNR, wskazanej w przedmiarze robót, na kalkulację własną. Tego jednak nie uczynił, zatem nakłady zostały zmienione w jawnej sprzeczności z ustalonymi zasadami.

2. Zmieniony (zmniejszony) został obmiar robót w poz. 11 z 65,054 m³ na 15.763 m³;

3. umieszczono różne kwoty nakładów mających zostać poniesionymi na koszty robocizny w pozycjach na ten sam rodzaj robót, przy takiej samej podstawie wyceny. Mianowicie:

- w poz. 72 (na rozbiórkę belek stropowych) wstawiono nakłady na R właściwe (0,51), natomiast w poz. 36 również na rozbiórkę belek stropowych nakłady te zostały zmniejszone na 0,051;

- w poz. 73 (na rozbiórkę podciągów stalowych) wstawiono nakłady na R właściwe (32,47), natomiast w poz. 37 i poz. 49 również na rozbiórkę podciągów stalowych nakłady te zostały zmniejszone na 2,47;
- w poz. 94 (na rozbiórkę papy) wstawiono nakłady na R właściwe (0,2), natomiast w poz. 20 również na rozbiórkę belek stropowych nakłady te zostały zmniejszone na 0,12.

4. Kolejnym uchybieniem popełnionym przez ITL w kosztorysie są:

- pominięcie w poz. 9 dodatkowych kilometrów transportu gruzu zanieczyszczonego rtęcią, z czego wynika, że miejsce utylizacji gruzu skażonego rtęcią znajduje się w odległości tylko 2 km od terenu rozbiórki;
- wstawienie w poz. 99 ceny jednostkowej za utylizację papy w wysokości 12 zł/m³, tj. ceny nierealnej do osiągnięcia w warunkach rynkowych. Ponadto w poz. 25 została umieszczona cena jednostkowa utylizacji papy (która, w porównaniu do cen rynkowych jest jak najbardziej ceną wiarygodną) wynosząca 650 zł/m³ - uderzająca jest zatem utrzymująca się niekonsekwencja podmiotu sporządzającego kosztorys.

Po analizie kosztorysu Odwołujący wskazał, że wartość realizacji zadania została znacząco zaniżona, a wartość wskazana w kosztorysie nie uwzględnia ryzyka związanego z nagromadzoną ilością gruzu zanieczyszczonego rtęcią. ITL przyjęła jedynie 15,76 m³ gruzu zanieczyszczonego rtęcią (jest to 20% gruzu pochodzącego z rozbiórek opisanych w rozdziale 1.1 kosztorysu, tj. rozbiórek tynków wewnętrznych i posadzek parteru). Z projektu rozbiórki oraz analiz skażenia elementów budynku wynika, że skażone rtęcią są nie tylko tynki i posadzki lecz również ściany parteru, w związku z czym gruzu skażonego rtęcią będzie znacząco więcej,

W swoich wyjaśnieniach ITL w żaden sposób nie odniósł się do załączonego do oferty kosztorysu, na podstawie którego wyliczył cenę ofertową zadania. Przedstawił natomiast wyliczenie własnych kosztów, sporządzone bez żadnych uzasadnień, nie spełniające wymogów SIWZ, projektu rozbiórki i przedmiaru robót, które w szczegółowy sposób opisują sposób realizacji przedmiotowego zadania.

ITL założył mechaniczny sposób wykonania rozbiórki, tj. sposób odmienny w stosunku do sposobu wykonania robót przedstawionego w projekcie rozbiórki i przedmiarze. Jest on sprzeczny z kosztorysem ofertowym załączonym do oferty. Mechaniczna rozbiórka budynku, którego dotyczy postępowanie jest niedopuszczalna ze względu na skażenie rtęcią materiałów jego parteru. W trakcie dokonywania mechanicznej rozbiórki nie można mieć pewności, że strop ponad parterem nie zostanie zarwany, wskutek czego dojdzie do mieszania gruzu z parteru budynku (prawdopodobnie w całości skażonego rtęcią) z gruzem „czystym” z kondygnacji wyższych. W przypadku takiego mieszania gruzu całość gruzu musiała by zostać sklasyfikowana jako skażona rtęcią.

Ponadto mechaniczna rozbiórka (wyburzenie budynku za pomocą ciężkiego sprzętu) byłaby uciążliwa dla Zamawiającego ze względu na bliskie sąsiedztwo innych obiektów. W wyjaśnieniach Spółki dotyczących planowanej mechanicznej rozbiórki, wskazana została jako odpowiednia do rozbiórki czterech kondygnacji, koparka o masie 25t. Według informacji posiadanych przez Odwołującego, żadna z koparek o takiej masie nie posiada zasięgu pracy w pionie, umożliwiającego rozbiórkę elementów budynku na poziomie czwartej kondygnacji (która to kondygnacja znajduje się na wysokości do ok. 23m). Koparki o masie 25t mają zasięg roboczy w pionie nie większy niż 10m. Na potwierdzenie Odwołujący załączył wykresy zasięgu przykładowych koparek o masie właśnie 25t.

W wyliczeniu kosztów ITL przedstawia koszty robocizny obliczone wg własnego uznania, bez odnoszenia się do obmiaru robót. Koszty robocizny wyliczono bazując na stawce jednostkowej za roboczogodzinę 24,50 zł. Jest to stawka zawierająca 23% podatku VAT. Po odjęciu tegoż podatku stawka ta wynosi 19,92 zł/h; jest więc niższa niż minimalna stawka za roboczogodzinę określona przez odpowiednie przepisy prawa. Ponadto, oczywistym jest, że osoby pełniące funkcję operatorów ciężkiego sprzętu zarabiają znacznie więcej. Podmiot, w przypadku obliczania kosztów pracy ciężkiego sprzętu, uwzględnił jedynie amortyzację własnego sprzętu, która stanowi jedynie jeden ze składników kosztów pracy, na które składają się również koszty paliwa, koniecznych napraw etc.

W wyliczeniu kosztów Spółka nie przedstawiła miejsca i odbiorcy odpadów skażonych rtęcią, w związku z czym nie była w stanie określić rzeczywistych kosztów transportu i utylizacji. Nie przedstawiła również oferty podmiotu, który odpady te będzie utylizował.

W efekcie swoich wyliczeń określiła koszty własne na znacząco niższym poziomie niż w kosztorysie ofertowym (499.028,49 zł brutto).

Uzasadnione wątpliwości Odwołującego budzi również przedstawiony wykaz wykonanych robót przez ITL. Wymagania określone przez Zamawiającego brzmiały następująco: *„w okresie ostatnich 5 lat przed upływem terminu składania ofert, a jeżeli okres prowadzenia działalności jest krótszy - w tym okresie, wykonał co najmniej:*

- *1 robotę budowlaną w zakresie prac rozbiórkowych obiektu kubaturowego, o wartości minimum 500 000,00 zł, podczas których wykonawca wytwarzał odpady niebezpieczne,*
- *1 robotę budowlaną w zakresie prac rozbiórkowych obiektu kubaturowego o wartości minimum 300 000,00 zł”.*

Spółka przedstawiła referencje pochodzące od firmy Someo S.A., na wykonanie zadania za kwotę 619.920,00 zł brutto, w zakres którego wchodziły;

- rozbiórka hali o kubaturze 5.250,00 m³;
- rozbiórka linii technologicznych z regałami magazynowymi;

- utylizacja materiałów niebezpiecznych;
- relokacja hali z Niemiec do Strzelc Opolskich;
- budowa hali o kubaturze 5.250,00 m³ w Strzelcach Opolskich;
- budowa regałów w hali.

Zdaniem Odwołującego niemożliwym jest, aby w warunkach rynkowych rozbiórka hali i linii technologicznych wraz z utylizacją materiałów niebezpiecznych kosztowały łącznie 500.000,00 zł brutto, co stanowiłoby ok. 80% wartości zadania. Zdaniem Odwołującego, koszt rozbiórki i utylizacji materiałów niebezpiecznych nie stanowi więcej niż 20% wartości zadania, czyli nie więcej niż 124.000,00 zł. Referencja pochodząca od SOMEO S.A. nie spełnia zatem żadnego z warunków postawionych przez Zamawiającego w SIWZ.

Spółka przedstawiła również referencje pochodzące od przedsiębiorstwa Arson, na realizację zadania o wartości 508.314,00 zł. Jednak z załączonej referencji nie wynika wprost, jakoby w ramach realizacji zadania byłyby wytwarzane odpady niebezpieczne. Zatem również ta referencja nie spełnia wszystkich koniecznych warunków. Jest nieprzydatną dla postępowania.

W dalszej kolejności Odwołujący wskazał, że cena realizacji zamówienia zaproponowana w ofercie przez drugiego Wykonawcę BAKAMAX w wysokości 833.533,68 zł również w sposób znaczący odbiega od wartości szacunkowej zamówienia.

Kwota zaproponowana w ofercie jest niższa o 58,35% od szacunkowej wartości zamówienia powiększonej o podatek od towarów i usług. Sam Zamawiający wskazał, że kwota zaproponowana przez podmiot jest kwotą, która wydaje się rażąco niska w stosunku do przedmiotu zamówienia i wezwał go do złożenia wyjaśnień.

BAKAMAX w ramach wyjaśnień dotyczących ceny nie załączył żadnego wiarygodnego zestawienia elementów oferty mających wpływ na wysokość ceny. W przekazanym Zamawiającemu piśmie wskazał jedynie, że „*cena ofertowa zawiera wszelkie ryzyka wynikające z wykonania pełnego zakresu robót wg wymagań określonych w dokumentacji przetargowej w SIWZ i w szczególności w OPZ - Dokumentacja techniczna uwzględnia także konieczność związaną z utylizacją gruzu zanieczyszczonego i objętego kodem 17.09.01 oraz poniesienia kosztów utylizacji*”. Takie lakoniczne i niepoparte żadnymi dowodami czy szczegółowymi wyliczeniami oświadczenie nie może być uznane za wystarczające dla stwierdzenia, że cena nie jest ceną rażąco zaniżoną. Cena zaproponowana przez BAKAMAX wydaje się być skalkulowana w sposób nierzetelny i nie pokrywa wszystkich niezbędnych kosztów realizacji całości przedmiotu zamówienia.

BAKAMAX nie udokumentował w sposób obiektywny i wyczerpujący, iż wskazana w ofercie cena nie jest rażąco zaniżona w tym przede wszystkim znaczeniu, że obejmuje

kalkulację całości kosztów oraz również uwzględniła zysk. BAKAMAX nie przedstawiła odpowiedniego i wyczerpującego kosztorysu, w którym byłyby widoczne wszystkie składniki cenotwórcze, nie przedstawiła ofert podwykonawców robót, nie udowodniła, że posiada ciężki sprzęt do robót ziemnych ani nie przedstawiła ofert podwykonawców na wykonanie przedmiotowego zakresu.

Reasumując, cena wskazana przez BAKAMAX jawi się jako nierealistyczna, za którą nie jest możliwe wykonanie zamówienia w należyty sposób i która wskazuje na zamiar realizacji zamówienia poniżej kosztów własnych wykonawcy, niepozwalająca na wygenerowanie przez niego zysku, a wyjaśnienia nie znajdują uzasadnienia.

Wyjaśnienia wymagane od wykonawców muszą obiektywnie przekonywać, że podana przez nich cena rzeczywiście nie jest rażąco niska oraz, że dla zakwalifikowania oferty do dalszego postępowania nie jest wystarczające złożenie jakichkolwiek wyjaśnień, lecz takich, które przekonują, że oferta nie zawiera rażąco niskiej ceny. Istniejąca rozpiętość cenowa i zwrócenie się Zamawiającego do BAKAMAX o udzielenie wyjaśnień elementów mających wpływ na wysokość ceny, powinna spowodować, że Spółka w sposób szczególnie rzetelny, spójny i kompleksowy wyjaśni przyjęte do kalkulacji ceny oferty stawki; nie podołała jednak temu obowiązkowi. Zamawiający miał obowiązek odrzucić ofertę BAKAMAX, bowiem dokonana ocena wyjaśnień wraz z dostarczonymi dowodami potwierdza, że oferta zawiera rażąco niską cenę w stosunku do przedmiotu zamówienia.

Zarzut III - ocena ofert ITL oraz BAKAMAX w sposób niezajdujący oparcia w zapisach SIWZ

Obowiązkiem każdego zamawiającego jest prowadzenie postępowania z poszanowaniem zasad zamówień publicznych oraz w zgodzie z obowiązkami nałożonymi przez przepisy ustawy. Zamawiający jest zobowiązany m.in. do tego, aby ocena ofert w postępowaniu dokonywana była zgodnie z kryteriami i opisem, który zamawiający przygotował w treści SIWZ. SIWZ jest podstawowym dokumentem w postępowaniu, który określa zakres zobowiązania wykonawcy, warunki przetargu, wymagania których spełnienie jest konieczne w postępowaniu, kryteria oceny ofert i sposób dokonywania tej oceny, determinuje następnie treść oferty, w tym w szczególności te jej elementy, które mają wpływ na dokonywaną przez zamawiającego ocenę ofert. Poprzez sformułowanie zapisów SIWZ zamawiający determinuje następnie treść składanych ofert.

W przedmiotowym postępowaniu Zamawiający przewidział możliwość zdobycia dodatkowych punktów w pozacenowym kryterium oceny ofert. Odwołujący wskazał z czego konkretne ceny w jego ofercie wynikają, jego wyliczenia pozostawały w zgodzie z cenami rynkowymi. Oferty przedstawione przez ITL oraz BAKAMAX nie były zgodne z zapisami

SIWZ. Rozbieżności te nie zostały również w sposób wyczerpujący usunięte w dalszej części postępowania, dlatego też w ocenie Odwołującego oferty te powinny zostać odrzucone.

Zgodnie z zapisami SIWZ (rozdział III pkt 10-1): Wykonawca zobowiązany jest do posiadania decyzji BDO w zakresie usuwania, transportu odpadów porozbiórkowych oraz materiałów niebezpiecznych w tym zanieczyszczonych rtęcią. Wykonawca przed przystąpieniem do realizacji zamówienia zobowiązany jest do przedłożenia ww. decyzji Zamawiającemu.

Zgodnie z ogólnodostępną Bazą Danych Odpadowych (dalej: BDO) przedsiębiorstwo ITL nie posiada stosownych decyzji wymaganych przez Zamawiającego, a w szczególności nie posiada stosownego wpisu do BDO w zakresie transportu odpadów - uzasadnionym jest zatem wniosek, iż nie ma zezwolenia na transportowanie tych odpadów.

W dalszej kolejności Odwołujący wskazał, że interpretując zapisy SIWZ w ich rozdziale III pkt 12 - 1: Zamawiający żądał wskazania w ofercie części zamówienia, której wykonanie Wykonawca zamierza powierzyć podwykonawcom. Brak informacji oznaczać będzie, iż Wykonawca samodzielnie zrealizuje zamówienie.

W złożonej ofercie ITL nie wskazał, że będzie korzystać z usług podwykonawców. Informację taką wskazał dopiero po wezwaniu do złożenia wyjaśnień, w piśmie z dnia 6 lutego 2021r. - część wykonywanych prac będzie zlecona podwykonawcom, nie są jednak w stanie wskazać tychże wykonawców jako, że oni nie są oni jeszcze znani. Wykonawca nie posiada zatem pewności co do tego czy i jakich podwykonawców będzie mógł zaangażować do zleconych mu prac, a zatem samo terminowe wykonanie przez niego zobowiązania zostaje poddane w daleko idącą wątpliwość. Niemniej jednak, ewentualne korzystanie z prac podwykonawców, jak również ich wskazanie winny zostać zamieszczone już w złożonej ofercie - nie jest zasadnym doprecyzowanie tak istotnej okoliczności dopiero w dalszych pismach w sprawie oraz dopiero na wyraźne wezwanie Zamawiającego.

W toku interpretacji zapisów SIWZ (rozdziału III pkt 13 - 1) widać, że Zamawiający wymaga zatrudnienia przez wykonawcę lub podwykonawcę na podstawie umowy o pracę osób wykonujących czynności w zakresie realizacji zamówienia, których wykonanie zawiera cechy stosunku pracy określone w art. 22 § 1 ustawy z dnia 26 czerwca 1974 r. - Kodeks pracy oraz zgodnie z załączonym do SIWZ wzorem umowy § 7 pkt 11 Zamawiający wymaga, aby pracownicy wykonujący prace związane z realizacją zamówienia, na polecenie i pod nadzorem kierownictwa budowy (tzw. pracownicy fizyczni), zatrudnieni byli na podstawie umowy o pracę. Powyższy wymóg nie dotyczy kadry kierowniczej budowy - kierownika budowy, kierowników robót, ew. pozostałych osób pełniących samodzielne funkcje techniczne w budownictwie.

W przekazanym przez ITL wykazie osób, które mają zostać skierowane do wykonywania zadań składających się na prace będące przedmiotem przetargu, kierowca posiadający uprawnienia ADR, będzie zatrudniony na umowę zlecenie. Jest to zdaniem Odwołującego w sposób oczywisty sprzeczne z zapisami SIWZ, bowiem kierowca ten powinien zostać zatrudniony w oparciu o umowę o pracę.

Uzasadnione wątpliwości Odwołującego budzą również referencje wykonawcy dot. przebudowy, nadbudowy i rozbudowy budynku Klubu Studio przy ul. Budryka w Krakowie. Zamówienie to zostało udzielone konsorcjum CZEŚTOBUD Damian Świącik, ULBUD Grzegorz Stolarski z Częstochowy. Kwota za jaką zostało udzielone zamówienie wynosi 16.764.492,23 zł brutto, a nie jak to widnieje w referencji: 18.500.046,21 zł brutto.

Jednym z warunków udziału w postępowaniu był również obowiązek użytkownika samochodu ciężarowego przystosowanego do transportu odpadów niebezpiecznych. ITL nie posiada stosownego wpisu dla tego samochodu w BDO, dziale VII. Brak również stosownego udokumentowania, że samochód posiadany przez wykonawcę jest przystosowany do transportu odpadów niebezpiecznych, Powinien on przedstawić odpowiednie zaświadczenie ADR dla wykazanego samochodu - jest ono niezbędne w sytuacji gdy samochód ma zostać dopuszczony do przewozu towarów niebezpiecznych, a co więcej nie sposób domniemywać na jakiej podstawie wykonawca stwierdził, że jego samochód, wykazany w ofercie spełnia warunki do przewozu tychże towarów.

W przekazanych przez wykonawcę wyjaśnieniach (udzielonych dopiero na wyraźne żądanie Zamawiającego) brak jest informacji jakim konkretnie osobom fizycznym zostanie przekazany wywożony z terenu rozbiórki gruz oraz ile tych osób fizycznych będzie. Oddawane w ten sposób odpady nie mogą bowiem przekroczyć dopuszczalnej maksymalnej ich ilości określonej Rozporządzeniem Ministra Środowiska z dnia 10 listopada 2015r. w sprawie listy rodzajów odpadów, które osoby fizyczne lub jednostki organizacyjne niebędące przedsiębiorcami mogą poddawać odzyskowi na potrzeby własne, oraz dopuszczalnych metod ich odzysku, na poziomie 0,2 Mg/m² utwardzanej powierzchni, a co za tym idzie odpad nie zostanie odsprzedany lub wprowadzony do obrotu handlowego.

Zgodnie z wyliczeniami Odwołującego podczas rozbiórki powstanie około 2900 m³ tj. 5.220,00 ton gruzu. Zgodnie z powyższym potrzebna powierzchnia terenu do złożenia ilości gruzu, w zgodzie z wymogami ustawy to 26.100,00 m². Wysoce wątpliwa jest możliwość znalezienia konkretnego odbiorcy, dysponującego terenem umożliwiającym zeskładowanie przedmiotowego gruzu biorąc pod uwagę krótki termin realizacji zadania. Na marginesie tylko podkreślono, że poddanie procesom recyklingu gruzu i - w dalszej części - sprzedaż uzyskanego kruszywa, wymaga posiadania przez wykonawcę decyzji na

przetwarzanie odpadów. Takiej decyzji wykonawca ITL nie posiada. Jego oferta nie może zatem zostać uznana za ofertę najkorzystniejszą, a tym samym winna zostać odrzucona.

Zarówno treść SIWZ, jak i treść oferty stanowią merytoryczne postanowienia oświadczeń woli odpowiednio; zamawiającego, który w szczególności przez opis przedmiotu zamówienia precyzuje, jakiego świadczenia oczekuje po zawarciu umowy w sprawie zamówienia publicznego, oraz wykonawcy, który zobowiązuje się do wykonania tego świadczenia w razie wyboru złożonej przez niego oferty jako najkorzystniejszej. Wobec tego - co do zasady - porównanie zaoferowanego przez wykonawcę świadczenia z opisem przedmiotu zamówienia, sposobem i terminem jego realizacji wymaganymi przez zamawiającego, przesądza o tym, czy treść złożonej oferty odpowiada treści SIWZ - jest z nią zgodna. Niedopuszczalne jest również precyzowanie i poprawianie treści złożonej oferty w późniejszym czasie, w dalszych pismach w sprawie, w szczególności z uwagi za naczelną zasadę równego traktowania wykonawców i zachowania uczciwej konkurencji.

Niezgodność treści oferty z treścią SIWZ zamówienia ma miejsce w sytuacji, gdy zaoferowany przedmiot dostawy bądź też usługi, nie odpowiada opisanemu w SIWZ, co do zakresu, ilości, jakości, warunków realizacji i innych elementów istotnych dla wykonania przedmiotu zamówienia w stopniu zaspokajającym oczekiwania i interesy Zamawiającego.

Odwołujący uważa, że w sposób wystarczający wykazał, że oferta ITL nie spełniała wymagań postawionych przez Zamawiającego w SIWZ. Dlatego też oferta ta winna zostać odrzucona, co jednak nie miało miejsca, z przyczyn niezależnych od Odwołującego.

Dlatego też zdaniem Odwołującego wniesienie odwołania stało się koniecznym.

Po przeprowadzeniu rozprawy z udziałem Stron i Uczestnika postępowania odwoławczego, uwzględniając zgromadzony materiał dowodowy, jak również biorąc pod uwagę oświadczenia i stanowiska zawarte w SIWZ, ogłoszeniu o zamówieniu, wyjaśnieniach zamieszczonych na stronie internetowej Zamawiającego, ofertach złożonych przez Wykonawców, wyjaśnieniach Wykonawców, odwołaniu, pismach procesowych, a także wyrażone ustnie i pisemnie na rozprawie i odnotowane w protokole, Izba ustaliła i zważyła, co następuje:

Postępowanie o udzielenie zamówienia zostało wszczęte przed 1 stycznia 2021 r., jest ono prowadzone na podstawie przepisów ustawy z 29 stycznia 2004 r. Prawo zamówień publicznych (t.j. Dz. U. z 2019 r., poz. 1843 ze zm., dalej jako „ustawa Pzp” lub „Pzp”), więc stosownie do art. 92 ust. 1 ustawy z 11 września 2019 r. Przepisy wprowadzające ustawę – Prawo zamówień publicznych (Dz. U. z 2019 r. poz. 2020 ze zm.), do postępowań

o udzielenie zamówienia, o których mowa w ustawie uchylanej w art. 89, wszczętych i niezakończonych przed dniem 1 stycznia 2021 r. stosuje się przepisy dotychczasowe.

Jednocześnie przepisy ustawy z Prawo zamówień publicznych z 11 września 2019 r. (tekst jednolity Dz.U.2019 r., poz. 2019 ze zmianami, dalej jako „Pzp2019”) znajdują zastosowanie do postępowania odwoławczego w przedmiotowej sprawie. Zgodnie bowiem z art. 92 ust. 2 ustawy z 11 września 2019 r. Przepisy wprowadzające ustawę – Prawo zamówień publicznych, *do postępowań odwoławczych oraz postępowań toczących się wskutek wniesienia skargi do sądu, o których mowa w ustawie uchylanej w art. 89, wszczętych po dniu 31 grudnia 2020 r., dotyczących postępowań o udzielenie zamówienia wszczętych przed dniem 1 stycznia 2021 roku stosuje się przepisy ustawy, o której mowa w art. 1.*

Następnie ustalono, że nie została wypełniona żadna z przesłanek skutkujących odrzuceniem odwołania w całości w trybie art. 528 ust. 1 ustawy Pzp2019 i nie stwierdziwszy ich, Izba skierowała odwołanie na rozprawę.

Ustalono dalej, że wykonawca wnoszący odwołanie posiada interes w uzyskaniu przedmiotowego zamówienia, kwalifikowany możliwością poniesienia szkody w wyniku potencjalnego naruszenia przez Zamawiającego przepisów ustawy, o których mowa w art. 505 ustawy Pzp2019. Możliwość dokonania w sposób nieprawidłowy czynności badania i oceny ofert, w tym wybór jako najkorzystniejszej oferty innego wykonawcy, pozbawia Odwołującego możliwości uzyskania zamówienia. Wypełnione zostały zatem materialnoprawne przesłanki do rozpoznania odwołania.

Do postępowania odwoławczego zgłoszenie przystąpienia po stronie Zamawiającego złożył wykonawca **ITL Marek Kiciński, Marcin Chęć Spółka jawna z siedzibą w Częstochowie**. Izba potwierdziła skuteczność zgłoszonego przystąpienia. Przystępujący wniósł o oddalenie odwołania w całości.

Na podstawie dokumentacji postępowania przekazanej przez Zamawiającego w formie papierowej, Izba ustaliła, że z protokołu ZP-PN wynika, że Zamawiający ustalił wartość szacunkową zamówienia na 2 440 697,76 zł, w tym wartość przewidywanych zamówień dodatkowych i uzupełniających w wysokości 813 565,92 zł na podstawie kosztorysu inwestorskiego.

Zamawiający na podstawie art. 26 ust. 3 ustawy Pzp wezwał wykonawcę ITL do wyjaśnienia ceny oferty. Wskazał, że oferowana cena w wysokości 678 981,87 zł wydaje się

rażąco niska w stosunku do przedmiotu zamówienia i budzi wątpliwości co do możliwości wykonania przedmiotu zamówienia zgodnie z wymaganiami Zamawiającego i wynikającymi z odrębnych przepisów. Jest niższa o 66,08% od szacunkowej wartości zamówienia powiększonej o podatek VAT. Zgodnie z art. 90 ust. 1a pkt 1 ustawy Pzp Zamawiający zwrócił się o udzielenie wyjaśnień dotyczących wyliczenia ceny.

ITL w złożonych wyjaśnieniach wskazało, że wyceniając roboty opierał się na czynnikach obiektywnych takich jak: posiadanie własnego sprzętu budowlanego, m.in. nowoczesny sprzęt do wyburzeń obiektów przemysłowych, w tym młoty wyburzeniowe, norzyce wyburzeniowe, koparki gąsiennicowe 25T, koparki kołowe, samochody ciężarowe samowyladowcze, walce i zagęszczarki, samochody brygadowe. Wykonawca podkreślił posiadanie własnego zaplecza sanitarnego, agregatów prądotwórczych, oświetlenia i dysponowanie własną kadrą wykwalifikowanych pracowników budowlanych. Szacunkowo określono wartości kosztów i zysków dla prac związanych z przedmiotem zamówienia w rozbiciu na:

- 1) Prace zabezpieczające i przygotowawcze parteru wraz z utylizacją odpadów zawierających rtęć;
- 2) Demontaż elementów metalowych
- 3) Rozbiórka dachu;
- 4) Rozbiórka 4 kondygnacji;
- 5) Rozbiórka 3 kondygnacji;
- 6) Rozbiórka 2 kondygnacji;
- 7) Rozbiórka 1 kondygnacji;
- 8) Rozbiórka parteru;
- 9) Rozbiórka części podziemnej budynku i prace zabezpieczające magistrali CO (rury ochronne poniżej posadowienia budynku);
- 10) Rozbiórka budynku magazynowego, demontaż elementów metalowych
- 11) Rozbiórka dachu
- 12) Rozbiórka mechaniczna ścian;
- 13) Rozbiórka części podziemnej budynku magazynowego;
- 14) Termomodernizacja ścian budynków przyległych po rozbiórce budynku magazynowego;
- 15) Badania na wielkość zanieczyszczenia rtęcią.
- 16) Inne koszty, które mogą wystąpić.

Do wyliczeń przyjęto koszt pracy koparki 120,00 zł brutto/rhb

Koszt pracy samochodu ciężarowego 100,00 zł/rhb

Wszystkie koszty dla wykonania przedmiotu umowy:	499 028,49 zł brutto
Cena oferty	678 981,87 zł brutto
Zysk dla wykonawcy	179 953,38 zł brutto

Dodatkowo złożono cennik dla usług za utylizację odpadów; cenniki dla kruszyw, materiałów.

Na podstawie art. 87 ust. 1 oraz 26 ust. 3 ustawy Pzp Zamawiający wezwał ITL do wyjaśnienia rozbieżności między informacją zawartą w pkt 6 formularza ofertowego dotyczącą podwykonawców a złożonymi wyjaśnieniami w zakresie ceny oferty. W ofercie Wykonawca nie wskazał zakresu prac jakie zamierza powierzyć podwykonawcom, natomiast w wyjaśnieniach wskazano, że część zamówienia – odbiór odpadów – zamierza powierzyć dwóm wymienionym w wyjaśnieniach firmom. Zamawiający wezwał ITL do złożenia oświadczenia określonego w Rozdziale VI.1 SIWZ w odniesieniu do podwykonawców.

ITL odpowiedział, że zamierza korzystać z podwykonawców w zakresie utylizacji odpadów o kodzie 17.09.01* oraz utylizacji odpadów o kodzie innym niż 17.09.01*, jednak na dzień składania oferty nie są znane jeszcze nazwy podwykonawców. Wybór firmy utylizującej odpady będzie ostatecznie dokonany po podpisaniu umowy. Na etapie składania ofert dokonano tylko wstępnego rozeznania rynku w zakresie ceny. Na gruncie Pzp nie ma obowiązku wskazywania podwykonawców jeżeli nie są znani przed podpisaniem umowy. Wykonawca zamierza zlecić wyspecjalizowanym firmom zakres prac związanych z transportem i utylizacją wszystkich odpadów niebezpiecznych i podlegających utylizacji zgodnie z obowiązującymi przepisami. Szacunkowa wartość prac planowana dla podwykonawców to 30% wartości zamówienia.

Wykonawca na wezwanie Zamawiającego złożył Wykaz robót, gdzie wskazał:

- 1) Rozbiórka automatycznej linii lakierniczej oraz hali produkcyjno-lakierniczej w Bażanowicach wykonana na rzecz ARSON Sp. z o.o. z siedzibą w Katowicach na kwotę 508 314,00 zł brutto. Załączono referencje określające zakres robót, termin realizacji oraz wartość, a także potwierdzenie, że prace zostały wykonane w uzgodnionym terminie, ich realizacja przebiegała w sposób profesjonalny i bezawaryjny, z zachowaniem zasad BHP, zgodnie z przepisami prawa budowlanego.
- 2) Rozbiórka hali produkcyjno-magazynowej wraz z linią technologiczną do produkcji komponentów samochodowych i zautomatyzowanych regałów magazynowych z likwidowanego zakładu Zamawiającego w miejscowości Vaihingen w Niemczech z relokacją do zakładu Zamawiającego w Strzelcach Opolskich, wykonana na rzecz SOMEO S.A. z siedzibą w Strzelcach Opolskich na kwotę 619 920,00 zł brutto. Załączono referencje potwierdzające zakres prac, wartość robót. Zaświadczone, że prace zostały wykonane

zgodnie z zasadami sztuki budowlanej, obowiązującymi zasadami BHP, polskimi i europejskimi normami oraz prawidłowo ukończone.

Cena oferty BAKAMAX wynosi 833 533,68 zł. Z wyjaśnień dotyczących ceny ofertowej złożonych na wezwanie Zamawiającego przez firmę BAKAMAX wynika, że:

- większość sprzętu jest własnością wykonawcy, nabyty z wypracowanego zysku, zakupiony za gotówkę, bieżąca konserwacja i eksploatacja zostaną pokryte ze stawek przyjętych do kalkulacji ceny;
- Wypracowanie organizacji know-how pozwalające na sprawne logistyczne wykonanie zamówień, co oznacza brak przestoju maszyn i ludzi;
- prokurent spółki pełnił będzie funkcję kierownika budowy w ramach posiadanych uprawnień i zawartej ze Spółką umowy o pracę, co oznacza, że oszczędności związane z brakiem konieczności zamawiania tego typu usług u podmiotów zewnętrznych;
- brak rozbudowanego działu administracyjnego Wykonawcy, co pozwala ograniczyć koszty pośrednie, czynności związane z kosztorysowaniem i ofertowaniem wykonują właściciele spółki;
- cena zawiera wszelkie ryzyka wynikające z wykonania pełnego zakresu robót i uwzględnia konieczność udzielenie Zamawiającemu gwarancji i rękojmi oraz zabezpieczenia należytego wykonania umowy w wysokości 5%;
- koszty pracy są wyższe od minimalnego wynagrodzenia za pracę, wszyscy pracownicy zatrudnieni są na umowę o pracę z płacą określoną na poziomie co najmniej minimalnego wynagrodzenia;
- dla kosztów materiałów przyjęto kwotę 14 582,30 zł netto (załączono wydruki z cenami produktów dostawców);
- zysk określono na poziomie 31 581,37 zł netto, uwzględniono również zysk wynikający z pozyskanego kruszywa z gruzu z rozbiórki, a koszty pośrednie razem w wysokości 646 088,40 zł netto.

Zamawiający złożył pisemną odpowiedź na odwołanie, w której wnosił o oddalenie odwołania w całości.

Odwołujący na rozprawie wycofał zarzut naruszenia art. 92 ust. 1 w zw. z art. 7 ust. 1 oraz art. 8 ust. 1 ustawy Pzp więc w tym zakresie postępowanie odwoławcze podlegało umorzeniu.

W pozostałym zakresie Izba uznała, że odwołanie nie zasługuje na uwzględnienie.

Zarzut zaniechania odrzucenia ofert ITL oraz BAKAMAX pomimo rażąco niskiej ceny w stosunku do przedmiotu zamówienia

Rozpoznając zarzuty odnoszące się do wyjaśnień cenowych złożonych przez Przystępującego i wykonawcę BAKAMAX, z uwag natury ogólnej zauważyć należy, iż zgodnie z art. 89 ust.1 pkt 4 ustawy Pzp Zamawiający odrzuca ofertę, która zawiera rażąco niską cenę lub koszt w stosunku do przedmiotu zamówienia. Możliwość zastosowania przywołanego przepisu poprzedzona być musi wyczerpaniem przez Zamawiającego procedury wyjaśniającej cenę, którą reguluje art. 90 ust. 1 ustawy Pzp. Ze stanowiska doktryny oraz orzecznictwa wynika, że procedura wyjaśniająca nie może być pominięta (tak wyrok *ETS z 22 czerwca 1989 r., sygn. C-103/88*). Jeżeli wyjaśnienia nie zostaną złożone lub z ich treści wynika, że mamy do czynienia z rażąco niską ceną, ofertę należy odrzucić na podstawie art. 90 ust. 3 ustawy Pzp. Ocena, czy zaoferowana cena jest wiarygodna, dokonywana jest w świetle złożonych przez wykonawcę wyjaśnień wraz z dowodami, gdy w okolicznościach sprawy zachodziły podstawy do wszczęcia takiej procedury wyjaśniającej. Ocena ta powinna mieć miejsce w postępowaniu o udzielenie zamówienia publicznego, nie zaś w postępowaniu odwoławczym. Zauważyć bowiem należy, iż Izba dokonuje oceny czynności i zaniechań czynności Zamawiającego, a nie prowadzi postępowanie, które zakończyć może się wyborem oferty najkorzystniejszej. Dostrzeżenia również wymaga zdaniem składu Izby, że chociaż dowiedzenie w postępowaniu odwoławczym, że oferta nie zawiera rażąco niskiej ceny, spoczywa na wykonawcy, który ją złożył, jeżeli jest stroną albo uczestnikiem postępowania odwoławczego, to Odwołujący twierdzący, że oferta przeciwnika obarczona jest błędem w postaci rażąco niskiej ceny nie jest zwolniony z przedstawienia i udowodnienia twierdzeń zawartych w odwołaniu a odnoszących się do nieprawidłowości cen innych ofert.

Samo pojęcie rażąco niskiej ceny w ustawie Pzp nie jest zdefiniowane. Przyjmuje się za orzecznictwem europejskim, orzecznictwem sądów okręgowych, KIO oraz doktryną, iż za cenę rażąco niską uważana jest cena nierealistyczna, niewiarygodna w porównaniu do cen rynkowych podobnych zamówień i innych ofert (tak np. wyrok Sądu Okręgowego w Katowicach z dnia 28 kwietnia 2008 r., sygn. akt XIX Ga 128/08). W wyroku z dnia 28 marca 2013 roku KIO przyjęła, że o cenie rażąco niskiej można mówić, gdy oczywiste jest, że przy zachowaniu reguł rynkowych wykonanie umowy przez wykonawcę za podaną cenę byłoby nieopłacalne (sygn. akt KIO 592/13). O zjawisku rażąco niskiej ceny będziemy mówili, kiedy cena w stosunku do przedmiotu zamówienia będzie ceną odbiegającą od jego wartości, a różnica ta nie będzie uzasadniona obiektywnymi względami pozwalającymi wykonawcy bez strat i finansowania wykonania zamówienia z innych źródeł niż

wynagrodzenie umowne, to zamówienie wykonać (tak KIO w wyroku z dnia 4 sierpnia 2011 r., sygn. akt KIO 1562/11).

Zamawiający, oceniając wyjaśnienia, bierze pod uwagę obiektywne czynniki, w szczególności oszczędność metody wykonania zamówienia, wybrane rozwiązania techniczne, wyjątkowo sprzyjające warunki wykonania zamówienia dostępne dla wykonawcy, oryginalność projektu wykonawcy, koszty pracy, których wartość przyjęta do ustalenia ceny nie może być niższa od minimalnego wynagrodzenia za pracę oraz wpływ pomocy publicznej udzielonej na podstawie odrębnych przepisów. 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. Zamawiający powinien pozyskać jednoznaczne wyjaśnienia od wykonawcy i dopiero w wyniku oceny tych wyjaśnień podjąć dalsze decyzje, w tym o wyborze oferty (wyrok Sądu Okręgowego w Krakowie z dnia 8 kwietnia 2009 r., sygn. akt XII Ca 59/09).

Wykonawca wezwany do złożenia wyjaśnień ma obowiązek podać Zamawiającemu okoliczności uzasadniające obniżenie ceny w stosunku do przedmiotu zamówienia lub też innych czynników, do których odnosi się wezwanie Zamawiającego. Niewątpliwie przy ocenie wyjaśnień uwzględnić należy treść samego wezwania. Wyjaśnienia wykonawcy składane w trybie art. 90 ust. 1 Pzp Zamawiający powinien badać nie tylko poprzez zsumowanie podanych w nim kwot (jeżeli takie podano), ale i poprzez realność poczynionych założeń co do czasochłonności pracy, co do rzeczywistości i zgodności z prawem stawek wynagrodzenia oraz do realnego kosztu czynności do zrealizowania celem osiągnięcia przedmiotu zamówienia, a także przez pryzmat złożonych dowodów, które wymienione założenia wykonawcy potwierdzają, jak choćby oferty handlowe.

Przechodząc do oceny złożonych w postępowaniu przez Przystępującego ITL wyjaśnień, Izba nie podziela stanowiska Odwołującego zaprezentowanego w odwołaniu i na rozprawie. W ocenie składu orzekającego Izby złożone w postępowaniu wyjaśnienia były wystarczające, by dokonać oceny prawidłowości kalkulacji ceny oferty wykonawcy składającego wyjaśnienia. Dodania wymaga, iż o ocenie zasadności przedmiotowego zarzutu decyduje merytoryczna jakość wyjaśnień złożonych przez wykonawcę, którego cena jest kwestionowana.

W ocenie Izby dostrzeżenia wymaga, iż nie polegają na prawdzie twierdzenia Odwołującego, że złożone przez Przystępującego wyjaśnienia są ogólnikowe i w żaden sposób nie potwierdzają realności zaoferowanej ceny za wykonanie zamówienia. Zdaniem Odwołującego wyjaśnienia nie zawierają przedstawienia sposobu w jaki zostały wskazane

czynniki przekładają się na możliwość obniżenia kosztów ceny ofertowej. Izba takiej oceny złożonych wyjaśnień i podziela i uważa, że wyjaśnienia odnosiły się szczegółowo do czynników, które w ocenie Przystępującego przełożyły się na możliwość obniżenia ceny oferty.

Po pierwsze dostrzeżenia wymaga, iż Przystępujący podzielił wyjaśnienia na kilka segmentów, związanych z przedmiotem zamówienia i szczegółowo rozpiisał koszty rozbiórki poszczególnych kondygnacji budynku, ujmując w tych kosztach pracę pracowników, sprzętu, niezbędnych materiałów, utylizacji odpadów niebezpiecznych, koszty transportu odpadów i inne mogące wystąpić koszty dodatkowe. Przystępujący określił zatem możliwe do wystąpienia ryzyka kontraktowe, założył rezerwę i pokazał możliwy do wypracowania zysk, wskazał stawkę za 1 roboczogodzinę. Wykonawca zaznaczył i opisał z jakiego sprzętu własnego będzie korzystał, jakie elementy będą wykonywali podwykonawcy. Założono również możliwość ponownego wykorzystania materiałów pochodzących z rozbiórki, w szczególności poprzez poddanie procesom recyklingu gruzu i w następstwie jego sprzedaż, czego Zamawiający nie zabronił. Przedstawiono i dołączono do wyjaśnień dowody na ceny materiałów budowlanych, utylizacji gruzu. Wątpliwości opisywane w tym zakresie w odwołaniu oparte są na domniemaniach i przypuszczeniach własnych Odwołującego, bowiem w tym zakresie nie przedstawiono jakiegokolwiek materiału dowodowego. W kwestii stawki za 1 roboczogodzinę, to stawka przedstawiona w wyjaśnieniach spełnia wymagania przepisów odrębnych odnoszących się do minimalnego wynagrodzenia za pracę. Nie jest Izbie wiadomym na jakiej podstawie Odwołujący wywodził, iż stawka ta jest zaniżona, skoro jak podał na rozprawie Odwołujący wynosi ona według przepisów 13,37 zł brutto, a z wyjaśnień wynika stawka w wysokości 19,91 zł netto. Złożony przez Odwołującego na rozprawie materiał w postaci wydruku z bliżej nieokreślonej strony internetowej bliżej nie podanego źródła odnosi się do „rekomendowanej stawki za roboczogodzinę”, a nie do stawki określonej przez przepisy.

Wykonawca wyjaśnił także, że gruz z parteru budynku, jako potencjalnie niebezpieczny, nie może zostać poddany procesom recyklingu i będzie sprzedany bez przeprowadzonych badań. Odwołujący nie wykazał, że w ofercie Przystępującego przyjęto zaniżoną ilość materiałów zanieczyszczonych rtęcią do utylizacji. Zdaje się, że to Odwołujący błędnie założył, że również gruz ze ścian parteru będzie wymagał takiej utylizacji, podczas gdy dołączona przez Zamawiającego dokumentacja techniczna i badania tezy tej nie potwierdzają. Zamawiający w tym zakresie przywołał treść opinii technicznej ITB, którą Izba uznaje za wiarygodną. W odpowiedzi na odwołanie opisano w jakim zakresie materiały ze ścian będą mogły być zanieczyszczone i w jaki sposób mogą zostać podane recyklingowi. Izba te zapatrywania podziela.

Co do zarzutu Odwołującego w zakresie niezgodności nakładów w kosztorysie ofertowym, to zgodnie z zapisami SIWZ oraz wzoru umowy cenę oferty należało podać jako cenę ryczałtową brutto, tj. z uwzględnieniem podatku VAT. Zamawiający przewidział dla realizacji przedmiotu zamówienia wynagrodzenie ryczałtowe, niezmiennie przez cały czas realizacji przedmiotu zamówienia, co nie uprawniało wykonawców do żądania podwyższenia wynagrodzenia, chociażby w czasie zawarcia umowy nie można było przewidzieć rozmiaru lub kosztów prac. Zamawiający podał również, że w przypadku pominięcia przez Wykonawcę przy wycenie jakiegokolwiek części zamówienia i jej nie ujęcia w wynagrodzeniu ryczałtowym, Wykonawcy nie przysługują względem Zamawiającego żadne roszczenia z powyższego tytułu, a w szczególności roszczenie o dodatkowe wynagrodzenie. Ze wzoru umowy wynika natomiast, że przedmiary i kosztorysy ofertowe mają charakter pomocniczy. Wbrew więc twierdzeniom Odwołującego Przystępujący nie miał obowiązku przedstawiania szczegółowej kalkulacji ceny oferty z rozbiciem na ceny jednostkowe w toku składanych wyjaśnień. Izba uważa, iż możliwe było przyjęcie innej systematyki przedstawienia kalkulacji cenowej, a złożone przez Przystępującego wyjaśnienia w rozbiciu na prace do wykonania w ramach poszczególnych kondygnacji równie dobrze obrazują sposób wyceny oferty. Odwołujący w odwołaniu i na rozprawie wielokrotnie wskazywał, że „pewne koszty nie zostały ujęte”, „jakieś koszty zostały pominięte”, ale nie umiał wskazać konkretnie o jakich elementach ceny mówi. Nie podał żadnego przykładu kosztu, który powinien wynikać z wyjaśnień a nie został w nich przedstawiony. Nie zasługują na aprobatę twierdzenia, że nie wiadomo czego brakuje (w sensie jakich kosztów) w ofercie i wyjaśnieniach Przystępującego. Odwołujący jako profesjonalista, działający w danej branży, mógł bazować na własnej kalkulacji i wskazać, czego rzekomo nie ujęto w kalkulacji innych oferentów. Przy wynagrodzeniu ryczałtowym, to wykonawca samodzielnie kalkuluje swoje wynagrodzenie ryczałtowe i przedstawia je w ofercie biorąc pod uwagę zakres rzeczowy określony dokumentacją projektową, specyfikacjami technicznymi wykonania i odbioru robót budowlanych i postanowieniami projektu umowy. Nie ma wobec powyższego podstaw, by za błąd oferty lub wyjaśnień uważać zmiany poczynione przez Wykonawcę dla nakładów rzeczowych.

Za chybione należało uznać twierdzenia odwołania jakby Odwołujący założył i przedstawił w wyjaśnieniach nieprawidłową metodę prowadzenia prac rozbiórkowych, to znaczy w sposób mechaniczny. Odwołujący nie umiał wskazać miejsca w dokumentacji projektowej, z którego taki nakaz wynika. Zamawiający określił w opisie przedmiotu zamówienia, że prace należy prowadzić etapowo od najwyższej kondygnacji do najniższej, jak również że dopuszcza się stosowanie innej technologii rozbiórki, pod warunkiem zachowania przepisów BHP. Oznacza to zdaniem Izby, że Zamawiający nigdzie w projekcie

rozbiórki, ani w pozostałej dokumentacji nie wskazał na ręczną technologię rozbiórki budynków. Jeżeli Przystępujący założył pewien poziom zmechanizowania prac, niewątpliwie mogło to wpłynąć na obniżenie ceny ofertowej. Wbrew twierdzeniom Odwołującego, w przypadku konieczności prowadzenia prac w sposób ręczny, Przystępujący zabezpieczył taką możliwość, kalkulując dla każdej kondygnacji koszty pracy osób fizycznych i maszyn.

Reasumując tę część wywodów Izby, należało uznać, że Zamawiający ocenił kompleksowo otrzymane wyjaśnienia, które wyczerpująco przedstawiły sposób oszacowania ceny ofertowej i jakie czynniki umożliwiły Przystępującemu obniżenie ceny oferty. Tak złożonych wyjaśnień nie sposób potraktować jako niebyłych, niezłożonych, czy też niespójnych. Takich niespójności Odwołujący nie wykazał, tak w odwołaniu, jak i na rozprawie. Nie przedstawiono żadnych argumentów, wyliczeń, innych dowodów, z których wynikałoby, że złożona przez Przystępującego kalkulacja ma charakter nierealny.

Przechodząc do analizy wyjaśnień złożonych przez Wykonawcę BAKAMAX, to dostrzeżenia wymaga, iż Odwołujący w odwołaniu poświęcił im jeden akapit, na rozprawie nie odniósłszy się do nich wcale. Tymczasem Wykonawca ten złożył Zamawiającemu wyjaśnienia, w których wskazał co najmniej kilka czynników, które mogły wpłynąć na obniżenie kosztów jego oferty. Do żadnego z tych czynników Odwołujący nie odniósł się w odwołaniu, ani na rozprawie. Zdawać by się mogło, że Odwołujący zapomniał, że w ramach korzystania ze środków ochrony prawnej, to na stronie inicjującej proces spoczywa ciężar dowodowy. Odwołujący w żaden sposób nie wykazał i nie udowodnił, że złożone przez BAKAMAX wyjaśnienia można uznać za niewiarygodne, niepełne, niespójne. Dlatego też w tej części zarzuty odwołania nie zasługiwały na uwzględnienie.

W ramach zarzutu rażąco niskiej ceny Odwołujący wskazał, że Przystępujący ITL nie potwierdził zapisów SIWZ co do spełniania warunków udziału w postępowaniu.

Zamawiający w pkt V ppkt 1.2) lit. c) SIWZ wskazał, że o udzielenie zamówienia mogą ubiegać się Wykonawcy, którzy *„w okresie 5 lat przed upływem terminu składania ofert, a jeżeli okres prowadzenia działalności jest krótszy — w tym okresie, wykonali co najmniej:*

- *1 robotę budowlaną w zakresie prac rozbiórkowych obiektu kubaturowego, o wartości minimum 500 000,00 zł, podczas których wykonawca wytwarzał odpady niebezpieczne;*
- *1 robotę budowlaną w zakresie prac rozbiórkowych obiektu kubaturowego o wartości minimum 300 000 zł”.*

W pierwszej kolejności odnosząc się do konstrukcji formalnej zarzutu, zauważyć należy, iż takim działaniem lub zaniechaniem z pewnością nie został naruszony art. 89 ust. 1

pkt 4 ustawy Pzp, ten bowiem odnosi się do badania ceny oferty. W przypadku niewykazania spełnienia warunku można zastanawiać się, czy Zamawiający dopełnił obowiązków określonych art. 24 ust. 1 pkt 12 ustawy Pzp i czy powinien być z powodu niespełnienia warunku lub też niewykazania spełnienia warunku wykluczyć Przystępującego z postępowania o udzielenie zamówienia publicznego. Takiego jednak zarzutu odwołanie nie zawiera. Już tylko z tego powodu twierdzenia Odwołującego nie mogły prowadzić do uznania zarzutów za zasadne.

Gdyby jednak przyjąć, że Odwołujący zakwestionował potwierdzenie posiadania niezbędnego doświadczenia zawodowego przez Przystępującego, a nieprawidłowo przywołał podstawę prawną zarzutu, to również w takiej sytuacji zdaniem składu orzekającego Izby zarzut podlegał oddaleniu.

Przystępujący na potwierdzenie spełnienia warunku w części, gdzie wymagano doświadczenia wykonania co najmniej 1 roboty budowlanej w zakresie prac rozbiórkowych obiektu kubaturowego, o wartości minimum 500 000,00 zł, podczas których wykonawca wytwarzał odpady niebezpieczne przedstawił w wykazie zadanie *Rozbiórka hali produkcyjno-magazynowej wraz z linią technologiczną do produkcji komponentów samochodowych i zautomatyzowanych regałów magazynowych z likwidowanego zakładu Zamawiającego w miejscowości Vaihingen w Niemczech z relokacją do zakładu Zamawiającego w Strzelcach Opolskich*. Prace zostały wykonane na rzecz firmy SOMEO S.A. z siedzibą w Strzelcach Opolskich na kwotę 619 920,00 zł brutto. Do wykazu dołączono referencje, z których wynikał zakres zrealizowanych robót i wartość tych robót brutto.

Wbrew twierdzeniom Odwołującego Izba uważa, że zadanie referencyjne potwierdza spełnienie warunku udziału. Zamawiający wymagał doświadczenia przy wykonywaniu robót budowlanych, w tym prac rozbiórkowych, a wartość prac miała wynosić 500 000,00 zł. Izba uważa, że określona w warunku wartość prac odnosiła się do całości danego zadania, czyli całości robót budowlanych, a nie jak twierdził Odwołujący do wartości robót rozbiórkowych. Zadanie, na którym wartość robót budowlanych, w tym prac rozbiórkowych, wynosiła około 620 000,00 zł, potwierdza więc ustalony przez Zamawiającego warunek. Ponadto Odwołujący nie wykazał w żaden sposób, że wartość zadania referencyjnego należy pomniejszyć o koszty, które nie dotyczą robót budowlanych. Referencje złożone w ramach Wykazu robót, oprócz potwierdzenia należytego wykonania prac zawierają również szczegółowy opis przeprowadzonych prac budowlanych wraz z ich wartością. Okoliczność, że wartość robót należałoby pomniejszyć o koszty transportu i relokacji zakładu Odwołujący wywodzi jedynie z nazwy nadanej zadaniu referencyjnemu. Teza Odwołującego broniłaby się gdyby, jak już Izba zauważyła, referencje nie zawierały szczegółowego opisu wykonanych robót. Wśród wymienionych prac zrealizowanych przez Przystępującego nie ma transportu.

Konkludując, Izba doszła do przekonania, że zarzuty odwołania w tej części nie podlegały uwzględnieniu.

Zarzut oceny ofert ITL oraz BAKAMAX w sposób nieznajdujący oparcia w zapisach SIWZ

Odwołujący zarzucał, że Przystępujący ITL nie posiada wpisu do rejestru BDO, co powoduje, że jego oferta jest niezgodna z SIWZ.

Izba podkreśla, że z punktu III.10 OPZ wynikało, że Wykonawca zobowiązany jest do posiadania decyzji BDO w zakresie usuwania, transportu odpadów porozbiórkowych oraz materiałów niebezpiecznych w tym zanieczyszczonych rtęcią. Wykonawca przed przystąpieniem do realizacji zamówienia zobowiązany będzie do przedłożenia decyzji Zamawiającemu.

Izba podziela argumentację przedstawioną przez Zamawiającego w odpowiedzi na odwołanie. Wymóg posiadania wpisu zamieszczony został w ramach opisu przedmiotu zamówienia, warunki udziału w postępowaniu nie odnosiły się do tego elementu, Zamawiający nie wymagał również w ramach tych warunków przedstawienia wraz z ofertą posiadanych decyzji. Zapisy SIWZ jasno dawały sygnał, że przed przystąpieniem do realizacji zamówienia wybrany Wykonawca zobowiązany zostanie do przedstawienia odpowiednich decyzji. Na etapie badania i oceny ofert posiadanie takich decyzji i przedstawienie ich Zamawiającemu nie było więc wymagane.

Następnie Zamawiający przyznał, że z oferty Przystępującego wprost nie wynikało, że będzie on korzystał przy realizacji zamówienia z pomocy podwykonawców. Element ten pojawił się na etapie wyjaśnień i dotyczył realizacji części zadania związanego z transportem odpadów niebezpiecznych. Izba podziela twierdzenia, że brak wskazania planowanych firm podwykonawców w ofercie nie oznacza braku w zawartości merytorycznej oferty w relacji do wymogów określonych w SIWZ. Głównym przedmiotem świadczenia jest prowadzenie prac rozbiórkowych, zaś sam transport odpadów niebezpiecznych jest tylko elementem dodatkowym. Wykonawca w ramach wymaganego doświadczenia zawodowego takie miał właśnie posiadać doświadczenie. Jego głównym obowiązkiem nie będzie transport odpadów niebezpiecznych. Jeżeli ustawa dopuszcza zmianę podwykonawców na etapie realizacji zamówienia i zmianę zakresu podwykonawstwa, tym bardziej możliwe jest wyjaśnienie kwestii powierzenia części elementów innym podmiotom w ramach wyjaśnień składanych w trybie art. 87 ustawy Pzp.

Kolejną kwestią poruszoną w odwołaniu była kwestia wymogu określonego w punkcie III.13 SIWZ, gdzie Zamawiający wymagał zatrudnienia przez wykonawcę lub podwykonawcę

na podstawie umowy o pracę osób wykonujących czynności w zakresie realizacji zamówienia, których wykonanie zawiera cechy stosunku pracy określone w art. 22 § 1 ustawy z dnia 26 czerwca 1974 r. – Kodeks pracy. Odwołujący uważa, że kierowca posiadający uprawnienia ADR nie może być zatrudniony w ramach umowy zlecenia, a tak wynika z wyjaśnień Przystępującego ITL.

Izba podkreśla, iż sam Odwołujący zauważył w odwołaniu, że uzupełnieniem zapisu SIWZ był § 7 pkt 1 wzoru umowy. Odwołujący pomija jednak, że zapis odnosi się wprost do osób realizujących przedmiot zamówienia określonych jako pracownicy wykonujący na polecenie i pod nadzorem kierownictwa budowy konkretne prace fizyczne związane z realizacją zamówienia (pracownicy fizyczni). Zapisy te nie odnoszą się zdaniem składu orzekającego Izby do kierowców, którzy będą wykonywali czynności związane z transportem odpadów niebezpiecznych. Polemizować można czy wykonywanie czynności przewozu odpadów to wykonywanie prac fizycznych związanych z realizacją zamówienia. Słusznie również zauważył w odpowiedzi na odwołanie Zamawiający, że zgodnie z przepisami rangi ustawowej regulującymi zasady czasu pracy kierowców, podstawa zatrudnienia nie ogranicza się tylko do umowy o pracę.

W odwołaniu Odwołujący wskazał, że jego uzasadnione wątpliwości budzą również referencje wykonawcy ITL dot. przebudowy, nadbudowy i rozbudowy budynku Klubu Studio przy ul. Budryka w Krakowie. Zapomniał niestety Odwołujący opisać, na czym owe uzasadnione wątpliwości polegają. Izba nie jest natomiast władna domyślać się jakie elementy przedstawionych dokumentów są niezgodne z zapisami SIWZ, przy czym podkreślenia wymaga, iż takie zapisy SIWZ również nie zostały przez Odwołującego przywołane.

Za chybione uznała Izba twierdzenia odwołania, że Wykonawcy zobowiązani byli do przedstawienia zaświadczenia ADR, że samochód posiadany przez wykonawcę jest przystosowany do transportu odpadów niebezpiecznych. Izba nie dopatrzyła się takich zapisów SIWZ. Miejscem w SIWZ, gdzie wymieniono owo zaświadczenie ADR jest warunek udziału w postępowaniu dotyczący zdolności technicznej lub zawodowej, a konkretnie obowiązek dysponowania minimum 1 osobą wskazaną na stanowisko kierowcy posiadającą uprawnienia ADR. Wbrew więc twierdzeniom odwołania obowiązek odnosi się do osób a nie pojazdów. W przypadku warunku dysponowania odpowiednimi narzędziami niezbędnymi do realizacji zamówienia Zamawiający wymagał wykazania dysponowania minimum 1 samochodem ciężarowym przystosowanym do transportu odpadów niebezpiecznych.

Wymagania odnośnie do złożenia dokumentów potwierdzających spełnianie warunków udziału do obowiązku przedstawienia zaświadczeń się nie odnosiły. Na koniec warto również podkreślić, że Zamawiający nie określił w SIWZ wymogu, aby Wykonawcy w ofertach wskazywali dane osób fizycznych lub innych podmiotów, którym przekazywany będzie gruz wywożony z terenu rozbiórki. Żądanie więc przedstawiania takich danych przez innych wykonawców należy uznać za przekraczające obowiązki informacyjne określone w SIWZ.

Na marginesie Izba wskazuje, że choć zarzuty odwołania w części niezgodności ofert z treścią SIWZ referowały również do oferty BAKAMAX, to w uzasadnieniu odwołania nie odnaleziono elementów odnoszących się wprost lub choćby pośrednio do treści oferty tego Wykonawcy. Oznacza to, że Odwołujący w żaden sposób nie opisał, a tym bardziej nie udowodnił, że oferta BAKAMAX jest niezgodna z treścią SIWZ i jako taka podlega odrzuceniu.

Reasumując, w świetle powyższych ustaleń Izba uznała za niezasadne zarzuty odwołania wskazujące na naruszenia przez Zamawiającego przepisów wymienionych w petitum odwołania. Odwołujący w żaden sposób nie wykazał, że Zamawiający naruszył wskazywane przepisy ustawy Pzp, a jego działania miały charakter świadomy i celowy.

Biorąc powyższe pod uwagę, orzeczono jak w sentencji.

O kosztach postępowania odwoławczego orzeczono na podstawie art. 574 oraz art. 575 ustawy Pzp2019, a także w oparciu o przepisy § 5 pkt 1 i 2 lit. b oraz § 8 ust. 2 pkt 1 rozporządzenia Prezesa Rady Ministrów z dnia 30 grudnia 2020 roku w sprawie szczegółowych rodzajów kosztów postępowania odwoławczego, ich rozliczania oraz wysokości i sposobu pobierania wpisu od odwołania (Dz. U. z 2020r., poz. 2437 ze zmianami), orzekając w tym zakresie o obciążeniu kosztami postępowania stronę przegrywającą, czyli Odwołującego.

Przewodniczący:

.....