

Sygn. akt: KIO 3496/22

WYROK
z dnia 11 stycznia 2023 r.

Krajowa Izba Odwoławcza – w składzie:

Przewodniczący: Agata Mikołajczyk

Protokolant: Aldona Karpińska

po rozpoznaniu na rozprawie w dniu 9 stycznia 2023 r. w Warszawie odwołania wniesionego do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej w dniu 27 grudnia 2022 r. przez odwołującego: **Ulman D. M. z siedzibą w Mikołowie** (ul. Podgórna 14, 43-190 Mikołów) w postępowaniu prowadzonym przez **Powiat Wadowicki w Wadowicach** (ul. Batorego 2, 34-100 Wadowice),

przy udziale wykonawcy:

- A. **ENERGOKON-PLUS Sp. z o.o. z siedzibą w Sosnowcu** (ul. Ludwika Mierosławskiego 3, 41-200 Sosnowiec) zgłaszającego przystąpienie do postępowania odwoławczego po stronie odwołującego;
- B. **AKPE GROUP Sp. z o.o. z siedzibą w Katowicach** (ul. Budowlana 8a/115, 40-301 Katowice) zgłaszającego przystąpienie do postępowania odwoławczego po stronie zamawiającego,

orzeka:

1. Oddala odwołanie;
2. Kosztami postępowania odwoławczego obciąża odwołującego: : **Ulman D. M. z siedzibą w Mikołowie** (ul. Podgórna 14, 43-190 Mikołów) i zalicza w poczet kosztów postępowania odwoławczego kwotę **10.000 zł 00 gr** (słownie: dziesięć tysięcy złotych zero groszy), uiszczoną przez odwołującego tytułem wpisu od odwołania

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

.....

Uzasadnienie

Odwołanie zostało wniesione w dniu 27 grudnia 2022 r. przez wykonawcę: ULMAN D. M. z Mikołowa (Odwołujący) w postępowaniu prowadzonym przez Zamawiającego: Powiat Wadowicki – Starostwo Powiatowe w Wadowicach na podstawie ustawy z dnia 11 września 2019 r. - Prawo zamówień publicznych (Dz. U. z 2022 r., poz. 1710 ze zm.), [ustawa Pzp lub Pzp lub Ustawa PZP], w trybie przetargu nieograniczonego pn. „Rozbiórka budynków dawnego Szpitala Powiatowego w Wadowicach, numer referencyjny postępowania: NIZ.272.TP.68.2022, publikacja ogłoszenia w Biuletyn Zamówień Publicznych z dnia 25 sierpnia 2022 nr 2022/BZP 00320074/01. Odwołujący wskazał, że wnosi odwołanie (...) *na czynności podjęte przez Powiat Wadowicki – Starostwo Powiatowe w Wadowicach (dalej: Zamawiający) w postępowaniu o udzielenie zamówienia publicznego pn.: Rozbiórka budynków dawnego Szpitala Powiatowego w Wadowicach (numer referencyjny postępowania: NIZ.272.TP.68.2022, dalej: postępowanie), polegające na:*

- wyborze jako najkorzystniejszej oferty wykonawcy AKPE GROUP sp. z o.o. z siedzibą w Katowicach (adres: ul. Budowlana 8a/115, 40-301 Katowice, dalej: AKPE), przy wcześniejszym zaniechaniu odrzucenia oferty AKPE z uwagi na niezłożenie prawidłowych wyjaśnień rażąco niskiej ceny, albowiem Zamawiający wezwał wykonawcę AKPE do wyjaśnień rażąco niskiej ceny, a w złożonych wyjaśnieniach wykonawca AKPE nie wykazał, że oferowana cena zapewnia prawidłowe wykonania przedmiotu zamówienia, zgodnie z wymaganiami określonymi przez Zamawiającego oraz wynikającymi z odrębnych przepisów, oraz nie złożył odpowiednich dowodów, dotyczących wyliczenia ceny, co powinno skutkować odrzuceniem oferty AKPE, którego to odrzucenia oferty Zamawiający zaniechał, tak jak i zaniechał czynności wszechstronnej i starannej weryfikacji wyjaśnień AKPE zawartych w piśmie z dnia 18 listopada 2022r. przez co ocenę wyjaśnień AKPE należy uznać za wadliwą;

-na skutek czego w postępowaniu doszło do naruszenia art. 239 ust 1 oraz art. 224 ust 5 i 6 ustawy Prawo zamówień publicznych poprzez wybór oferty AKPE, która nie powinna być wybrana jako oferta najkorzystniejsza, oraz poprzez zaniechanie prawidłowej oceny wyjaśnień dotyczących zaoferowanej przez wykonawcę AKPE ceny oraz zaniechanie odrzucenia oferty AKPE z uwagi na niezłożenie wyjaśnień dotyczących oferowanej ceny lub jako oferty zawierającej rażąco niską cenę z przyczyn wskazanych w uzasadnieniu niniejszego odwołania”.

Wskazując na powyższe zarzuty wniósł o uwzględnienie odwołania w całości i nakazanie Zamawiającemu dokonania następujących czynności w postępowaniu:

- 1) unieważnienia czynności z dnia 22 grudnia 2022r. polegającej na wyborze oferty najkorzystniejszej,
- 2) powtórzenia czynności badania i oceny oferty złożonej przez AKPE,
- 3) odrzucenia oferty złożonej przez AKPE,
- 4) wyboru oferty Odwołującego jako najkorzystniejszej.

Ponadto wniósł o zasądzenie od Zamawiającego na rzecz Odwołującego kosztów postępowania odwoławczego według norm przepisanych, w tym kosztów reprezentacji Odwołującego przez profesjonalnego pełnomocnika na rozprawie przed KIO, zgodnie z fakturą przedstawioną przez Odwołującego na rozprawie.

1. Uzasadnienie legitymacji Odwołującego.

Zgodnie z dyspozycją przepisu art. 505 ust 1 ustawy z dnia 11 września 2019r. Prawo zamówień publicznych środki ochrony prawnej, w tym odwołanie, przysługują wykonawcy jeżeli ma lub miał interes w uzyskaniu zamówienia oraz poniósł lub może ponieść szkodę w wyniku naruszenia przez zamawiającego przepisów ustawy. A zatem z przywołanego przepisu wynika, że Odwołujący ma prawo wniesienia odwołania: po pierwsze – gdy jest albo wykonawcą, albo uczestnikiem konkursu, albo innym podmiotem, który ma lub miał interes w uzyskaniu zamówienia, po drugie – interes w uzyskaniu zamówienia ma lub miał w danym zamówieniu, a po trzecie – poniósł lub może ponieść szkodę, a po czwarte – poniesiona szkoda powinna wynikać z naruszenia przez zamawiającego przepisów niniejszej ustawy. W przedmiotowej sprawie wszystkie wymienione przesłanki uprawniające Odwołującego do wniesienia odwołania zostały spełnione. Odwołujący złożył w postępowaniu ofertę i ma realną szansę na uzyskanie przedmiotowego zamówienia, bowiem złożył ofertę w postępowaniu, nie został wykluczony z postępowania, ani jego oferta nie została odrzucona. W klasyfikacji ofert dokonanej według określonych w SWZ kryteriów oceny ofert oferta Odwołującego zajęła drugą pozycję. Jednocześnie niezgodne z prawem zamówień publicznych czynności Zamawiającego, przede wszystkim nieprawidłowa ocena oferty i wyjaśnień dotyczących ceny złożonych przez AKPE, a w konsekwencji zaniechanie odrzucenia oferty AKPE, narażają Odwołującego na szkodę z powodu niezyskania odpłatnego zamówienia publicznego, na które mógł liczyć. Odwołujący może nie uzyskać przedmiotowego zamówienia i w ten sposób nie osiągnąć zysku, który planował osiągnąć w wyniku realizacji przedmiotowego zamówienia (*lucrum cessans*). Odwołujący jest uprawniony do wniesienia odwołania, bowiem ma interes w uzyskaniu zamówienia oraz może ponieść szkodę w wyniku naruszenia przez Zamawiającego przepisów ustawy. Odwołujący legitymuje się interesem w uzyskaniu zamówienia, bowiem złożył ofertę w

postępowaniu (tak wyrok KIO z dnia 1 marca 2019r., sygn. akt. KIO 265/19), nadto oferta Odwołującego powinna być wybrana jako oferta najkorzystniejsza.

2. Uzasadnienie zarzutów odwołania.

Zamawiający prowadzi postępowanie w trybie podstawowym bez negocjacji, na podstawie art. 275 pkt 1 ustawy PZP; szczegółowe wymagania Zamawiającego dotyczące przedmiotu zamówienia zostały zawarte w Opisie Przedmiotu Zamówienia, stanowiącym Załącznik nr 1 do SWZ.

Zgodnie z rozdziałem XVII SWZ cena oferty winna obejmować całkowity koszt wykonania zamówienia, o którym mowa w opisie przedmiotu zamówienia (pkt 4), wynagrodzenie wykonawcy ma charakter ryczałtowy (pkt 2).

Zamawiający określił także warunki udziału w postępowaniu, w tym w rozdziale VIII pkt 2 lit d SWZ wskazano, że w zakresie zdolności technicznej lub zawodowej:

Wykonawca winien wykazać, że osoby, które będą uczestniczyć w wykonywaniu zamówienia posiadają wymagane kwalifikacje zawodowe, doświadczenie i wykształcenie niezbędne do wykonywania zamówienia, a także zakresu wykonywanych przez nie czynności, w szczególności osoba pełniąca funkcję kierownika budowy winna posiadać uprawnienia budowlane bez ograniczeń do kierowania robotami budowlanymi o specjalności konstrukcyjno – budowlanej, oraz przedstawić informację o podstawie do dysponowania tą osobą w formie załączonego do oferty - wykazu (załącznik nr 6 do SWZ). Wskazany Kierownik budowy będzie obecny na budowie osobiście w trakcie realizacji robót. Kierownik budowy będzie czynnie współuczestniczyć we wszystkich naradach roboczych i wszystkich czynnościach odbiorowych.

W dniu 28 października 2022r. Zamawiający dokonał otwarcia ofert, a następnie w dniu 9 listopada 2022r. wezwał wykonawcę AKPE do złożenia wyjaśnień rażąco niskiej ceny oferty. W odpowiedzi na wezwanie, wykonawca AKPE pismem z dnia 18 listopada 2022r. przedłożył oświadczenia o poprawności i kompleksowości złożonej oferty, a także wyjaśnienia sposobu obliczenia ceny wraz z dowodami.

Odnosząc się szczegółowo do wyjaśnień sposobu kalkulacji ceny Odwołujący wskazuje:

A. Wynagrodzenia.

W wezwaniu Zamawiający jasno sprecyzował, że wymaga szczegółowych wyjaśnień, w tym złożenia dowodów dotyczących elementów oferty mających wpływ na wysokość ceny, w szczególności w zakresie:

4) zgodności z przepisami dotyczącymi kosztów pracy, których wartość przyjęta do ustalenia ceny nie może być niższa od minimalnego wynagrodzenia za pracę albo minimalnej stawki godzinowej, ustalonych na podstawie przepisów ustawy z dnia 10 października 2002r. o minimalnym wynagrodzeniu za pracę (Dz.U. z 2018r. poz. 2177 oraz z 2019r. poz. 1564) lub

przepisów odrębnych właściwych dla spraw, z którymi związane jest realizowane zamówienie;

Wykonawca AKPE w wyjaśnienia rażąco niskiej ceny w których oświadcza, że:

- Oferta uwzględnia zatrudnienie pracowników na umowę o pracę, wynagrodzenie oraz koszty dodatkowe pracowników zgodnie z obowiązującymi przepisami prawa ... Stawka r/g została ustalona na poziomie 20 zł netto co zostało przyjęte do kosztorysu ofertowego – kosztorys stanowi załącznik do pisma. Oświadczamy, że wszyscy pracownicy przeznaczeni do realizacji przedmiotowego zadania zatrudnieni są na umowę o pracę.

Wykonawca AKPE nie złożył w tym zakresie jakichkolwiek dowodów potwierdzających, że zatrudnia pracowników na umowę o pracę, nieznana jest liczba pracowników, jaka będzie brać udział w realizacji zadania. Wykonawca nie przedstawił również jakichkolwiek dowodów potwierdzających wysokość realnego wynagrodzenia jakie otrzymują jego pracownicy. Wyjaśnienia AKPE opierają się jedynie na oświadczeniu właściciela, że wszyscy pracownicy są zatrudnieni na umowę o pracę i pobierają wynagrodzenie w wysokości 20 zł na godzinę. Wykonawca w momencie składania oferty zadeklarował termin wykonania zadania wynoszący 6 miesięcy, wobec powyższego w momencie składania wyjaśnień ceny w dniu 18 listopada 2022r. posiadał świadomość tego, że zadanie będzie realizowane w 2023 roku. Powszechnie znany jest fakt, że w 2023 roku minimalna stawka godzinowa wyniesie od 1 stycznia 2023 roku 22,80 zł oraz od 1 lipca 2023 roku 23,50 zł brutto. Kwoty te określane mianem „brutto” zawierają kwotę wynagrodzenia „na rękę” tj. kwotę netto oraz podatek dochodowy i część składek ZUS. Kwoty te oczywiście nie zawierają 23 % podatku VAT, dlatego kwoty wynagrodzenia brutto pracowników w kosztorysie jak i w ofercie przedsiębiorstwa należy traktować jako kwotę netto w rozumieniu przepisów dotyczących podatku VAT. Jest więc kwestią oczywistą i bezdyskusyjną, że przyjęte w kosztorysie wykonawcy AKPE wynagrodzenie wynoszące 20 zł netto jest wynagrodzeniem niezgodnym z przepisami ustawy z dnia 10 października 2002r. o minimalnym wynagrodzeniu za pracę, co samo w sobie jest powodem wystarczającym do uznania oferty za błędną, niewiarygodną i noszącą znamiona rażąco niskiej ceny.

Dodatkowo należy podkreślić, że koszt zatrudnienia pracownika to nie tylko wynagrodzenie brutto zapisane w umowie o pracę. Pracodawca ma obowiązek opłacać również inne składki ZUS. To oznacza, że na całkowity koszt wynagrodzenia składają się: kwota brutto wynikającej z umowy o pracę + składki ZUS finansowane przez pracodawcę. Oferta i kosztorys wykonawcy AKPE całkowicie pomija ten fakt, zatem uznać należy, że cena oferty AKPE nie zawiera składki ZUS finansowanej przez pracodawcę. Ponadto wykonawca AKPE założył identyczne wynagrodzenie dla wszystkich osób zatrudnionych do wykonania zamówienia – niezależnie od ich kwalifikacji, doświadczenia i funkcji każdy ma otrzymać wynagrodzenie liczone według tej samej stawki godzinowej, tj. 20 zł za godzinę.

Jak już wyżej wskazano, w SWZ Zamawiający wymagał dysponowania przez wykonawcę określonymi osobami, w tym kierownikiem budowy, który powinien posiadać uprawnienia budowlane bez ograniczeń do kierowania robotami budowlanymi o specjalności konstrukcyjno – budowlanej; Zamawiający wymagał także obecności Kierownik budowy osobiście w trakcie realizacji robót oraz uczestniczenia we wszystkich naradach roboczych i wszystkich czynnościach odbiorowych.

Całkowicie nieprawdopodobne jest, aby osoby z wyższym wykształceniem oraz uprawnieniami i wysokim kwalifikacjami zarabiały tyle samo, co pracownicy fizyczni – takie założenie jest całkowicie sprzeczne z praktyką rynkową. Wykonawca nie może zakładać, że skoro oferuje wynagrodzenie zgodne z przepisami regulującymi minimalne wynagrodzenie za pracę w roku 2022, to taka oferta jest prawidłowa – a jednocześnie Zamawiający nie może oceniać kalkulacji przedstawionej przez wykonawcę wyłącznie pod kątem prawidłowości obliczeń matematycznych. Konieczna jest bowiem kompleksowa ocena sposobu obliczenia ceny, w tym również w zakresie zgodności przyjętych przez wykonawcę założeń z cenami rynkowymi. Nawet dla całkowitego laika w zakresie zamówień na roboty budowlane oczywiste jest, że pracownicy otrzymują wynagrodzenie obliczane nie tylko na podstawie przepracowanych godzin, ale również z uwzględnieniem ich wykształcenia, doświadczenia, kwalifikacji, zakresu obowiązków, odpowiedzialności

B. Koszt utylizacji gruzu

Kolejną kwestią, w zakresie której zamawiający żądał wyjaśnień w tym złożenia dowodów było określenie: 2) wybranych rozwiązań technicznych, wyjątkowo korzystnych warunków dostaw, usług albo związanych z realizacją robót budowlanych;

W swoich wyjaśnieniach wykonawca AKPE stwierdza, że cena oferty została obliczona przy założeniu, że gruz zostanie przekazany nieodpłatnie osobom/jednostkom niebędącym przedsiębiorcami, co jest zgodne z Rozporządzeniem Ministra Środowiska z dnia 10 listopada 2015, z którego wynika możliwość wywiezienia gruzu ceglanego i betonowego z rozbiórek w ilości 0,2 Mg/m². Jako dowód powyższego wykonawca dołączył kilka ogłoszeń z portalu internetowego OLX, na którym osoby prywatne ogłaszają chęć przyjęcia gruzu w celu utwardzenia swojej działki. Oddanie gruzu osobom prywatnym jest legalne tylko w przypadku, gdy ilość oddanego gruzu nie jest większa niż 200 kilogramów na metr kwadratowy działki osoby prywatnej. W ramach realizacji tego zadania należy zutylizować ponad 22 890 ton gruzu. Aby dotrzymać warunków legalności takiego przekazania odpadów wykonawca AKPE musiałby rozdysponować gruz rozbiórkowy wśród osób prywatnych na łącznej powierzchni ponad 114 tysięcy metrów kwadratowych!!! Wyjaśnienia te są zatem absurdalne i całkowicie niewiarygodne. Ponadto dołączone do wyjaśnień cztery ogłoszenia od osób prywatnych, dotyczące chęci przyjęcia gruzu za darmo, nie stanowią jakiegokolwiek dowodu. Ogłoszenia od osób prywatnych mają charakter okazjonalny, wykonawca nie ma

pewności czy ogłoszenia, na które się powołuje, będą aktualne za kilka miesięcy, kiedy faktycznie konieczne będzie wywiezienie gruzu z terenu rozbiórki. W ogłoszeniach nie ma informacji na temat ilości gruzu jaką chcą przyjąć ogłaszeniodawcy. Zupełnie inną kwestią jest to, czy osoby prywatne, które zamieściły te ogłoszenia, są świadome obowiązujących przepisów, z których wynika, że w sposób legalny mogą przyjąć jedynie 200 kilogramów na metr powierzchni swojej działki. AKPE opiera opłacalność realizacji zadania i całe swoje wyjaśnienia na założeniu, że odda odpady porozbiórkowe w postaci gruzu za darmo wśród osób prywatnych, jednak nie zawarła jakichkolwiek umów lub listów intencyjnych potwierdzających, że ktokolwiek przyjmie od nich blisko 23 tysiące ton odpadów za darmo. Jednocześnie bazując na tym wątpliwym założeniu wykonawca w swojej kalkulacji przedstawia, że zysk z realizacji całego przedsięwzięcia wyniesie jedynie 72 459 zł – i to przy niedoszacowanych i niezgodnych z przepisami kosztach pracy w roku 2023 oraz przy darmowej i nierealnej utylizacji 23 tysięcy ton odpadów.

PODSUMOWANIE		CAŁY KOSZTORYS				
	RAZEM	Uproszczone	Robocizna	Materiały	Sprzęt	
RAZEM	500804,29		101355,82	113733,38	285715,09	
Koszty pośrednie [Kp] 56% od (R, S)	216759,68		56759,23		160000,45	
RAZEM	717563,97		158115,05	113733,38	445715,54	
Zysk [Z] 12% od (R+Kp(R), S+Kp(S))	72459,69		18973,79		53485,90	
RAZEM	789960,81	-62,85	177088,84	113733,38	499201,44	
						OGÓLEM 789960,81

Dodatkowo wykonawca AKPE założył, że cały gruz porozbiórkowy rozdysponuje wśród osób prywatnych w promieniu 10 km od miejsca rozbiórki i tak skalkulował koszty przewozu gruzu:

Ceny jednostkowe		0,405	0,000	0,000	0,405
1.	Odwóz i utylizacja gruzu z rozbiórki				
15					
25	KNR 4-04 Wywiezienie gruzu z terenu rozbiórki przy mechanicznym załadunku i wyladowaniu	m ³			
1.	1103-04 samochodem samowyladowczym na odleg. 10 km				
15	+ KNR 4-04 obmiar = 665,225m ³				
	1103-03				
	+ KNR 4-04				
	1103-05				
	-- S --				
1*	samochód samowyladowczy 25 t 0,177*5/25+0,0666=0,102m-g/m ³ * 90,00zl/m-g	m-g	67,8530	9,180	6106,77
2*	koparko-ladowarka jednonaczyniowa kolowa o pojemności tyłki 2 m ³ 0,101*0,6/2=0,0303m-g/m ³ * 90,00zl/m-g	m-g	20,1563	2,727	1814,07
	Razem koszty bezpośrednie: 7920,84				7920,84
	Razem z narzutami: 13839,29				13839,29
	Ceny jednostkowe		20,804	0,000	0,000
					20,804

Z uwagi na brak zakontraktowanego miejsca na odbiór gruzu założenie, że wykonawca poniesie koszty transportu do 10 km jest nierealne – zachodzi bardzo wysokie prawdopodobieństwo, że wykonawcy nie uda się znaleźć miejsca w promieniu do 10 km i

będzie zmuszony transportować odpady znacznie dalej, co spowoduje zwiększenie kosztów transportu. Nadto Odwołujący zweryfikował przedstawione przez AKPE dowody w postaci ogłoszeń w sprawie odbioru gruzu.

Pierwsza z przywołanych przez wykonawcę ofert na darmowy odbiór gruzu z portalu OLX w miejscowości Barwałd Dolny jest już nieaktualna. Dodatkowo oferta ta zamieszczona była z konta firmowego firmy Alpi-Tech P. B. . Jego aktualne ogłoszenia można sprawdzić pod adresem internetowym <https://alpitechpawelbuda.olx.pl/>. Z jego strony internetowej można uzyskać informację, że jest to firma zajmująca się usługami wysokościowymi i nie ma nic wspólnego z obrotem odpadami. Ogłoszenie o odbiorze gruzu było jednorazowe i okazjonalne i w chwili obecnej jest już nieaktualne.

Kolejnym wątpliwym na pierwszy rzut oka dowodem było ogłoszenie od Pana D. z portalu OLX. Po odnalezieniu tego ogłoszenia na portalu OLX i kontakcie telefonicznym z Panem D., okazało się, że jest to osoba prywatna, która chce utwardzić podjazd na działkę i w tym celu jest gotowa przyjąć jedną wywrotkę gruzu tj. około 16 ton. (...)

Kolejne ogłoszenie przedstawione przez wykonawcę AKPE to ogłoszenie od osoby prywatnej która nie podaje swojego imienia, ogłoszenie użytkownika o nazwie „XXXXX” dotyczy przyjęcia ziemi i gruzu. Po kontakcie telefonicznym z autorem ogłoszenia pod numerem telefonu 886 352 267 okazuje się, że ogłoszeniodawca dysponuje działką o powierzchni 40 arów. Zgodnie z zapisami Rozporządzenia Ministra Środowiska z dnia 10 listopada 2015r., na które powołał się wykonawca, na tej działce można legalnie wbudować 800 ton gruzu. W chwili obecnej na działce ogłoszeniodawcy trwa cały czas przyjmowanie ziemi i gruzu i nie można on określić jak długo ogłoszenie będzie aktualne.

Ostatnią ofertą mającą potwierdzić możliwość darmowego rozdysponowania gruzu było ogłoszenie od Pana S. z miejscowości Poręba Wielka. W chwili obecnej ogłoszenie to jest już nieaktualne i zniknęło z portalu OLX. Jednak należy zwrócić uwagę, że miejscowość Poręba Wielka znajduje się 55,8 km od miejsca rozbiórki, podczas gdy firma AKPE w kalkulacji uwzględniła transport gruzu jedynie w promieniu 10 km od placu rozbiórki.

Zamieszczenie w ramach wyjaśnień przez AKPE takich właśnie ogłoszeń z portalu OLX świadczy jedynie o tym, że znalezienie prywatnych odbiorców gruzu w niedalekiej odległości od miejsca rozbiórki jest bardzo trudne lub nawet niemożliwe. Dlatego też AKPE przedłożyła ogłoszenie z miejscowości oddalonej aż o 55 km, jak również drobnych odbiorców, którzy są w stanie przyjąć jedynie 16 ton gruzu. Wykonawca zamieścił w wyjaśnieniach ceny takie właśnie ogłoszenia, ponieważ nie był w stanie znaleźć nic lepszego i bardziej wiarygodnego. Ogłoszenia od osób prywatnych mają charakter jednorazowy, dlatego nie można przewidzieć, jakie będzie faktyczne zapotrzebowanie na ten odpad w niedalekiej przyszłości. Nie można też przewidzieć, czy w terminie zbieżnym z faktycznym czasem rozbiórki w niewielkiej odległości od Wadowic (wykonawca przyjął

promień 10 km) pojawią się jakiegokolwiek ogłoszenia od osób prywatnych, dotyczące chęci darmowego przyjęcia gruzu.

Wykonawca AKPE nie udowodnił więc, że będzie w stanie w sposób legalny i całkowicie darmowy zutylizować odpad w postaci blisko 23 000 ton gruzu. Z przedstawionych w wyjaśnieniach czterech ofert na odbiór gruzu wynika, że na dzień dzisiejszy istnieje możliwość darmowego oddania 816 ton co stanowi zaledwie 3,5 procent całości zadania. Jednak samo skopiowanie tymczasowego ogłoszenia z portalu OLX nie stanowi dowodu, że wykonawca będzie mógł za darmo oddać ten materiał w terminie odległym o kilka miesięcy. Dodatkowo samo skopiowanie ogłoszenia osoby prywatnej nie stanowi dowodu na to, że firma AKPE w ogóle kontaktowała się z tym ogłoszeniodawcą i między nimi zawarte jest jakiegokolwiek porozumienie. Zwracamy uwagę szczególnie na to, że tłumaczenie rażąco niskiej ceny poprzez twierdzenie, że coś jest za darmo, powinno być poparte absolutnie wiarygodnymi i niepodważalnymi dowodami. Dowody przedstawione przez firmę AKPE pokazują jednak dobitnie, że założenie darmowego oddania odpadów jest niewiarygodne. W momencie konieczności zutylizowania gruzu na wysypisku odpadów, na których kwoty za utylizację gruzu kształtują się często w przedziale od kilkudziesięciu do nawet kilkuset złotych, koszt takiej utylizacji mógłby wynieść: $22\ 890\ \text{ton} \times 50\ \text{zł} = 1\ 144\ 500\ \text{zł netto}$

Dodatkowo wiązałoby się to z nakładami związanymi z transportem gruzu, ponieważ w promieniu 10 km od Wadowic nie ma wysypiska odpadów które mogłoby by przyjąć przedmiotowy odpad w takich ilościach.

Powyższe oznacza, że przy założonym przez AKPE zysku na poziomie 72 459 zł netto, całe zadanie zostałoby zrealizowane ze stratą wynoszącą ponad milion złotych.

C. Uzasadnienie prawne

Należy zauważyć, iż Wykonawca w treści wezwania został poinformowany, że zgodnie z art. 224 ust. 5 PZP obowiązek wykazania, że oferta nie zawiera rażąco niskiej ceny/kosztu, spoczywa na Wykonawcy. Wobec powyższego wykonawca nie spełnił wyżej przywołanego obowiązku i nie wyjaśnił oraz nie udowodnił, że zaproponowana przez niego oferta nie zawiera rażąco niskiej ceny. Bez wątpienia wyjaśnienia wykonawcy AKPE są niekompletne i niewiarygodne, dlatego oferta wykonawcy powinna zostać odrzucona.

Bezspornym jest, iż norma z art. 224 ust. 5 PZP na wzywanego wykonawcę nakłada obowiązek wykazania, iż zaferowana cena nie nosi cech rażąco niskiej. Równocześnie nie można tracić z pola widzenia, iż „obowiązkiem wykonawcy, wezwanego do złożenia wyjaśnień jest przedstawienie przekonujących wyjaśnień i dowodów na potwierdzenie tego, że cena oferty została skalkulowana w sposób rzetelny i gwarantuje realizację całego zakresu objętego zamówieniem. Wyjaśnienia elementów mających wpływ na wysokość ceny muszą być konkretne, wyczerpujące i nie mogą pozostawiać jakichkolwiek wątpliwości

co do rzetelności kalkulacji ceny oferty" (tak orzeczenie KIO z dnia 20 kwietnia 2017 r., KIO 681/17).

Przepis art. 224 ust. 6 ustawy jednoznacznie nakazuje Zamawiającemu odrzucić ofertę wykonawcy, który nie złożył wyjaśnień lub jeżeli złożone wyjaśnienia wraz z dowodami nie uzasadniają podanej w ofercie ceny lub kosztu; przepis ten zawiera zatem odrębnie sformułowane przesłanki prawne nakazujące odrzucenie oferty. Brak wyjaśnień żądanych przez zamawiającego w trybie art. 224 ust. 1 i 2 PZP stanowi samodzielną przesłankę odrzucenia oferty, niezależnie od ustalenia ceny rażąco niskiej, przy czym z brakiem wyjaśnień utożsamia się złożenie wyjaśnień lakonicznych, ogólnikowych (tak wyrok KIO 2031/12). Należy mieć na uwadze, iż ustawowe pojęcie „wykazania” jest tożsame z pojęciem „udowodnienia”, a nie „uprawdopodobnienia”. Oznacza to, iż wyjaśniający musi przedstawić wszelkie dowody, które potwierdzą, że możliwe będzie wykonanie przedmiotu zamówienia za cenę podaną w ofercie. Jednak wyjaśnienia te i dowody muszą mieć charakter obiektywny, albowiem wprost nakazuje to norma z art. 224 ust. 5 PZP, która ciężar dowodowy w tym zakresie przerzuca na wykonawcę. Tym niemniej z opisanym obowiązkiem wykonawcy w pełni skorelowany jest obowiązek Zamawiającego wnikliwej i obiektywnej oceny składanych wyjaśnień. Przyjmuje się bowiem, iż nie tylko wyjaśnienia, dane i dowody wskazane przez wykonawcę powinny być na tyle konkretne, aby możliwa była ich weryfikacja oraz ocena wiarygodności, lecz również, iż wykonawcy mają prawo oczekiwać, że złożone w postępowaniu oferty i wyjaśnienia zostaną ocenione zgodnie z wyartykułowanymi przez zamawiającego wymaganiami oraz na podstawie ustawy, w poszanowaniu zasad udzielania zamówień publicznych (tak wyroki KIO: (...) 1036/19; 846/16; 1946/18; 1001/17).

Należy także przypomnieć, iż na tle stosowania ustawy ukształtowano podstawowe przesłanki interpretacyjne:

- 1) obowiązek badania poprzez pryzmat realności poczynionych założeń (wyrok KIO 846/16). Bowiem celem postępowania wyjaśniającego, o którym mowa w art. 224 ust. 1 i 2 PZP, jest ustalenie, że zaoferowana cena jest realna, wiarygodna i zapewni prawidłowe wykonanie przedmiotu zamówienia, a procedura wyjaśniająca musi zmierzać do wyjaśnienia sposobu skalkulowania zaoferowanej ceny, a także wątpliwych jej kosztów;
- 2) obowiązek rozpoznawania każdej sprawy (wyjaśnień) indywidualnie (ad casum) (tak wyrok Sądu Okręgowego w Warszawie z 25 sierpnia 2015 r., XXIII Ga 1072/15 oraz postanowienie Sądu Okręgowego w Poznaniu z 17 stycznia 2006 r., II Ca 2194/05).

Z orzecnictwa Izby wynika, że zamawiający może sformułować wezwanie do wyjaśnień w sprawie rażąco niskiej ceny w sposób szczegółowy i zadać wykonawcy pytania dotyczące konkretnych kosztów czy okoliczności wpływających na cenę oferty, co z pewnością ułatwia wykonawcy przygotowanie wyjaśnień, a następnie zamawiającemu - ich ocenę (wyrok KIO

z dnia 25 czerwca 2019 r., KIO 1056/19). Jednakże, przy szczegółowym sformułowaniu wymagań dotyczących wyjaśnień, Zamawiający winien oceniać je przez pryzmat zasad określonych w wezwaniu – zaniechanie w tym zakresie stanowi naruszenie przez Zamawiającego ustawy.

Wobec powyższego Zamawiający miał obowiązek oceny wyjaśnień złożonych przez AKPE zgodnie z warunkami określonymi w wezwaniu, a wobec braku wymaganych elementów powinien był uznać, że wykonawca AKPE nie złożył wyjaśnień, ewentualnie że wyjaśnienia te nie spełniają wymagań Zamawiającego, a oferta zawiera rażąco niską cenę w stosunku do przedmiotu zamówienia. Sąd Okręgowy w Warszawie w wyroku z dnia 15 października 2021 r. (sygn. akt XXIII Zs 114//21) wskazał: Zdaniem Sądu Okręgowego obowiązkiem Zamawiającego jest prowadzenie postępowania o udzielenie zamówienia publicznego z poszanowaniem zasad zamówień publicznych oraz w zgodzie z obowiązkami nałożonymi na niego przez ustawę. Rację ma skarżący, że właściwa ocena złożonych przez (...) wyjaśnień powinna skutkować odrzuceniem oferty, bowiem wyjaśnienia rażąco niskiej ceny były ogólnikowe, niekompletne i nie odpowiadały wymaganiom wskazanym przez Zamawiającego w wezwaniu z dnia (...). Wyjaśnienia te uznać także należy za nieprawidłowe, nadto niewiarygodne – przede wszystkim z uwagi na nierynkową wysokość wynagrodzenia.

Zasadnie przyjmuje się w literaturze i orzecznictwie, że wyjaśnienia wykonawcy, udzielone w ramach procedury badania rażąco niskiej ceny, nie mogą mieć charakteru ogólnego, nie mogą ograniczać się do zapewnienia, że wykonawca będzie w stanie zrealizować zamówienie za podaną w ofercie cenę. Wykonawca, wezwany do udzielenia wyjaśnień, jest zobowiązany szczegółowo wskazać konkretne, dające się zweryfikować czynniki umożliwiające mu skalkulowanie ceny lub kosztu na niskim poziomie. Wykonawca powinien przedstawić w jakim stopniu dany czynnik wpłynął na obniżenie ceny (tak wyrok KIO 170/20). Wyjaśnienia ogólnikowe i gołosłowne zrównuje się w orzecznictwie Izby z brakiem tych wyjaśnień. W wyroku KIO 109/12, Izba stwierdziła, że wskazówką dla wykonawcy składającego wyjaśnienia winien być przepis ustawy, w którym jest mowa nie tylko o złożonych wyjaśnieniach, ale również o dowodach na ich potwierdzenie. Oczywistym jest zatem, że przedstawione wyjaśnienia winny być nie tylko konkretne i przekonywujące, ale również poparte stosownymi dowodami. Złożenie wyjaśnień niepełnych, ogólnikowych, nierozpraszających wątpliwości leżących u podstaw wezwania, pociąga za sobą sankcję w postaci odrzucenia oferty. Wykonawca działający z należytą starannością winien odpowiednio zareagować na wezwanie Zamawiającego, mając na względzie skutki, jakie ustawa wiąże z instytucją wyjaśnień. Wykonawca powinien za pomocą dowolnych środków dowodowych wzmacniać prezentowaną argumentację, a złożenie wyjaśnień wystarczająco szczegółowych, umotywowanych oraz udokumentowanych jest obowiązkiem wykonawcy

(wyrok KIO 1166/12). O ile ocena wyjaśnień składanych przez wykonawców w przedmiocie rażąco niskiej ceny jest domeną Zamawiającego, to jednak podkreślenia wymaga, że ocena dokonywana przez Zamawiającego nie może stanowić oceny dowolnej, pobieżnej, a przez to oderwanej od treści wezwania. Odwołujący podkreśla, że Zamawiający nałożył na wykonawców konkretne, surowe i rygorystyczne obowiązki (związane z wykazaniem i udowodnieniem określonych czynników mających wpływ na wysokość zaoferowanej ceny), których następnie (na etapie oceny złożonych wyjaśnień) nie weryfikował – co jest działaniem sprzecznym z ustawą. Nadto, prawidłowa ocena wyjaśnień winna skutkować odrzuceniem oferty złożonej przez AKPE – zaniechanie odrzucenia jest kolejnym naruszeniem prawa przez Zamawiającego. W orzecznictwie dotyczącym nowej ustawy PZP, np. w wyroku KIO 290/22, KIO 291/22), wskazuje się: Przepis art. 224 ust. 6 p.z.p., będący odpowiednikiem art. 90 ust. 3 p.z.p. z 2004 r., stanowi odrębną od art. 226 ust. 1 pkt 8 p.z.p. i samodzielną podstawę odrzucenia oferty. Z przepisu tego wynika, że podstawą do uznania, że oferta zawiera rażąco niską cenę jest nie tylko bezpośrednie stwierdzenie, że taka cena rzeczywiście wystąpiła, lecz także brak złożenia wymaganych wyjaśnień w tym zakresie, a także stwierdzenie, że złożone przez wykonawcę wyjaśnienia nie uzasadniają podanej w ofercie ceny. Przepis ten jest więc bardziej kategoryczny, jeśli chodzi o obowiązek udowodnienia przez wykonawcę braku zaistnienia ceny rażąco niskiej i konsekwencje owego braku uzasadnienia danego poziomu ceny niż art. 90 ust. 3 p.z.p. z 2004 r., który odnosił się do dokonanej przez zamawiającego oceny. Podobnie w wyroku KIO 1130/21 wskazano: Zgodnie z Pzp obowiązek wykazania, że oferta nie zawiera rażąco niskiej ceny lub kosztu spoczywa na wykonawcy. W sytuacji, gdy Zamawiający wezwał Przystępującego do wyjaśnienia ceny jego oferty obowiązkiem Przystępującego było zatem wykazanie, że za tą cenę będzie on zdolny należycie zrealizować przedmiot zamówienia. Natomiast w wyroku Krajowej Izby Odwoławczej z dnia 14 września 2018 r., wydanym w sprawie o sygn. akt: KIO 1764/18, Izba wskazała: Zwrócenie się przez Zamawiającego do wykonawcy o złożenie wyjaśnień w przedmiocie rażąco niskiej ceny oznacza przerzucenie na wykonawcę ciężaru dowodu w zakresie wykazania, że zaoferowana cena nie jest rażąco niska. Powyższe wynika wprost z treści art. 90 ust. 2 Ustawy Pzp, zgodnie z którym obowiązek wykazania, że oferta nie zawiera rażąco niskiej ceny lub kosztu spoczywa na wykonawcy. Wykonawca został więc ustawowo zobowiązany do wykazania, że możliwe i realne jest wykonanie zamówienia za zaproponowaną cenę. Ponieważ celem wyjaśnień wykonawcy jest wzruszenie przyjętego domniemania, muszą one być konkretne, wyczerpujące i rzeczywiście uzasadniające podaną w ofercie cenę. Podkreślić tutaj należy, że nie jest wystarczające złożenie jakichkolwiek wyjaśnień, lecz wyjaśnień odpowiednio umotywowanych, przekonujących, że zaproponowana oferta nie zawiera rażąco niskiej ceny. Obowiązkiem wykonawcy jest, aby w odpowiedzi na wezwanie wystosowane przez

zamawiającego udzielił wyjaśnień dotyczących okoliczności, które wpłynęły na wysokość zaoferowanej ceny, a brak tych wyjaśnień, czy też złożenie wyjaśnień nieprzekonujących, skutkować winny odrzuceniem oferty (por.m.in. wyrok KIO 2721/15). W orzeczeniu KIO 966/22 Izba wskazała ponadto, że samo tylko podanie stawki godzinowej nie wystarcza do zaakceptowania wyjaśnień wykonawcy – jeżeli bowiem zamawiający wzywa do wyjaśnień w zakresie kosztów pracy, to wykonawca winien wskazać przynajmniej liczbę pracowników zatrudnianych do realizacji zadania i przedstawić właściwe dowody, celem zweryfikowania poprawności kalkulacji. Podobnie w wyroku KIO 3338/20: (...) W szczególności nie wykazał zarobków pracowników zatrudnionych w swoim przedsiębiorstwie, mimo że zamawiający w wezwaniu do złożenia wyjaśnień żądał również przedstawienia dowodów na poparcie wskazanych okoliczności. Dowodami takimi mogą być np. zawarte umowy czy dokumenty płacowe. Przystępujący nie złożył żadnego dowodu w tym zakresie. Nie wiadomo, ile osób będzie wykonywać przedmiotowe zamówienie, jaka będzie wysokość ich wynagrodzenia oraz jakie koszty poniesie pracodawca. Wbrew informacji zawartej w wyjaśnieniach, do wyjaśnień nie załączono szczegółowej kalkulacji kosztów. Wszystkie pozostałe, wskazane w wyjaśnieniach okoliczności, mogą co najwyżej uzupełniać konkretne i szczegółowe analizy i wyliczenia, jednak nie mogą stanowić wyjaśnień samych w sobie. Przyznała to również Krajowa Izba Odwoławcza w wyroku KIO 1253/18. Skoro zatem Zamawiający wymagał dowodów, a wykonawca dowodów takich nie przedstawił, to oczywiste jest stwierdzenie, że nie sprostął ciężarowi dowodowemu z art. 224 ust 5, a zatem oferta wykonawcy powinna zostać odrzucona na podstawie art. 224 ust 6 PZP.

Podsumowując – wyjaśnienia Wykonawcy AKPE są nierzetelne i nie uwzględniają wszystkich elementów niezbędnych do wykonania zamówienia, zawierają ceny nierealne i nierynkowe, a Zamawiający nie dokonał ich pełnej i obiektywnej weryfikacji. Przyjęcie przez Zamawiającego wyjaśnień AKPE za prawidłowe i wystarczające, brak odrzucenia złożonej przez AKPE oferty oraz wybór oferty tego Wykonawcy stanowią naruszenie przepisów art. 239 ust 1 oraz art. 224 ust 5 i 6 ustawy Prawo zamówień publicznych.

Zamawiający w odpowiedzi na odwołanie (pismo z dnia 9/01/2023) wniósł o jego oddalenie podnosząc w szczególności:

(...)

Odnosząc się do podniesionego przez Odwołującego zarzutu zaniechania czynności odrzucenia oferty Wykonawcy — AKPE GROUP Sp. z o.o. z siedzibą w Katowicach, ul. Budowlana 8a/115 z uwagi na niezłożenie prawidłowych wyjaśnień w przedmiocie rażąco niskiej ceny — uznać należy, że zarzut ten jest nieuzasadniony.

W niniejszym postępowaniu złożono 19 ofert, za najkorzystniejszą Zamawiający uznał ofertę złożoną przez firmę AKPE GROUP Sp. z o.o. z Katowic, z ceną brutto 971 700 zł. Wartość szacunkowa zamówienia ustalona przez Zamawiającego w dniu 25.05.2022r. wyniosła: 2 462 521,56 zł netto, 3 028 901,52 zł brutto. Podstawą dokonania z należytą starannością, wyceny szacunkowej jest kosztorys inwestorski opracowany przez M. C. prowadzącego działalność gospodarczą pn.: „ARCHITEKT” z siedzibą przy ul. H. Pachońskiego 30/22, 31-223 Kraków. Kwota jaką Zamawiający zamierza przeznaczyć na sfinansowanie zamówienia wynosi 2 000 000,00 zł brutto - przyznana z rządowego funduszu Polski Ład, edycja nr 3PGR/202112481/ Polski Ład - wstępna promesa. Zgodnie z przedmiotową promesą zostanie zapewniony udział własny w kwocie nie niższej niż udział własny wskazany we wniosku o dofinansowanie.

Zgodnie z art. 224 ust. 1 ustawy z dnia 11 września 2019 r. Prawo zamówień publicznych (...) w związku z art. 224 ust. 2 pkt 1, Zamawiający zwrócił się do Wykonawców o udzielenie wyjaśnień, w tym złożenie dowodów dotyczących elementów oferty złożonej u Zamawiającego, mających wpływ na wysokość ceny.

Zamawiający analizując przesłane wyjaśnienia firmy AKPE GROUP Sp. z.o.o. z Katowic uznał je za wystarczające. Wykonawca najkorzystniejszej oferty przedstawił dokumenty potwierdzające prawidłowość wyceny przedmiotu zamówienia, tj.: kosztorys ofertowy (zał. Nr 1), polisę ubezpieczeniową odpowiedzialności cywilnej nr 1047290724 (zał. Nr 2), oferty osób prywatnych na przyjęcie gruzu na terenie Barwałdu, Wadowic, Radoczy, Choczni i Poręby Wielkiej (zał. Nr 3), ofertę na odbiór odpadów drzewnych (zał. Nr 4), ofertę na demontaż i utylizację płyt azbestowych (zał. Nr 5), ofertę na odbiór papy (zał. Nr 6), informację o wyborze najkorzystniejszej oferty w innych postępowaniach (zał. Nr 7). Wykonawca wyjaśniając wątpliwości Zamawiającego podkreślił, iż ujął wszystkie koszty niezbędne do realizacji zamówienia, jak również przedstawił zyski zaplanowane w kosztorysie ofertowym oraz ze sprzedaży złomu i drewna.

Odnosząc się do zarzutów Odwołującego należy podkreślić, że Wykonawca AKPE GROUP Sp. z o.o. w złożonych wyjaśnieniach przedstawił że:

1. stawka za jedną roboczogodzinę wyniesie 20 zł netto z oświadczeniem, że wszyscy pracownicy przeznaczeni do realizacji przedmiotowego zamówienia są zatrudnieni na umowę o pracę, dodatkowo Wykonawca podkreślił, że uwzględnił koszty dodatkowe pracowników zgodnie z obowiązującymi przepisami prawa z zapewnieniem bezpieczeństwa pracowników i stosownego stałego nadzoru osoby pełniącej funkcję kierownika budowy. Biorąc pod uwagę, że kwota roboczogodziny jest wskazana jako netto Zamawiający uznał, że do kwoty tej zostaną doliczone wszystkie składowe m.in. ubezpieczenie zdrowotne i społeczne jak również podatek dochodowy, nie zaś tak jak wskazuje na to Odwołujący. Jeśli przeprowadzić analizę czysto matematyczną to: 20 zł x 8

godz. x 20 dni (przeciętny miesiąc pracy) wartość wynagrodzenia miesięcznego wyniesie 3 200 zł netto. Wyliczając stawkę netto roboczogodziny wg wskaźników cenotwórczych w kosztorysie ofertowym tj. stawka 20 zł, koszty pośrednie 56% otrzymujemy $20 \text{ zł} \times 56\% = 11,20 \text{ zł}$ czyli stawka roboczogodziny wynosi 31,20 zł/godz. Obliczenia te wskazują bezsprzecznie, że zachowana jest kwota minimalnego wynagrodzenia za pracę jak również minimalna stawka godzinowa w 2022 r. oraz w 2023 r., więc zarzut Odwołującego w tej kwestii jest bezzasadny. Dodatkowo Wykonawca wskazał, że przyjęta przez Zamawiającego wycena robót rozbiórkowych wg KNR 4 — 04 jest przeszacowana, ponieważ uwzględnia rozbiórkę metodami tradycyjnymi, bardzo drogimi i przestarzałymi.

Zamawiający w SWZ wymagał, aby Wykonawca dysponował określoną liczbą pracowników w tym kierownika budowy, posiadającego uprawnienia bez ograniczeń w specjalności konstrukcyjno - budowlanej. Wykonawca oferty najkorzystniejszej złożył w postępowaniu stosowne dokumenty potwierdzające ten wymóg (Załącznik Nr 6 do SWZ NIZ.272.TP.68.2022).

2. gruz z rozbiórki zostanie przekazany nieodpłatnie osobom prywatnym, co Wykonawca ujął w kosztorysie ofertowym zgodnie z dowodami wymienionymi w załączniku Nr 3, co jest dopuszczalne i zgodne z Rozporządzeniem Ministra Środowiska z dnia 10 listopada 2015 r. w sprawie listy rodzajów odpadów, które osoby fizyczne lub jednostki organizacyjne niebędące przedsiębiorcami mogą poddawać odzyskowi na potrzeby własne, oraz dopuszczalnych metod ich odzysku (Dz.U z 2016 r. poz. 93).

Odwołujący podważa oddanie gruzu osobom prywatnym, wskazanych w ogłoszeniach internetowych. Biorąc pod uwagę, że jest to jedna z możliwości ograniczenia kosztów utylizacji, Zamawiający przyjął przedmiotowe wyjaśnienia za wystarczające. Tym bardziej, że w kosztorysie ofertowym firmy AKPE GROUP Sp. z o.o. z Katowic uwzględniono pozycje osobno za wywiezienie gruzu z terenu rozbiórki przy mechanicznym załadunku i rozładunku, a osobno za utylizację gruzu w miejscu składowania. Wyliczona kwota tylko za utylizację wynosi 102 227,84 zł netto, należy zaznaczyć że Zamawiający w toku prowadzonego postępowania dopuścił zasypanie wykopów pokruszonym gruzem gr 0,4 m (odpowiedź nr 13 z dnia 09.09.2022 r. oraz nr 3 i 6 z dnia 30.09.2022 r.). Odległość transportu wskazanego w kosztorysie ofertowym AKPE GROUP Sp. z o.o. została przyjęta do 10 km i tak też oszacowano koszty. Zamawiający nie podważał tej kwestii ze względu na ryczałtowy charakter wynagrodzenia. Jeśli Wykonawca będzie musiał przewieźć gruz w dalsze miejsca to zmniejszy się jego zysk, który przedstawił w zaoferowanej cenie. Odwołujący kwestionuje oferty ze stron internetowych, jak również aktualność przedstawionych ogłoszeń. Jednak Zamawiający nie podważał tego ze względu na to, że wszyscy Wykonawcy dysponowali czasowymi ofertami na przyjęcie gruzu, czy też innych odpadów z rozbiórki. Jednak biorąc pod uwagę stanowisko Odwołującego wskazać należy,

że w swoich wyjaśnieniach również oparł się na ofertach ze strony internetowej. Dodatkowo Odwołujący przyjął w swoich wyjaśnieniach oferty w zakresie przyjęcia gruzu, utylizacji drewna czy azbestu, które były ważne do 15.12.2022 r., a papy i szkła do końca grudnia 2022 r., więc kwestionowanie tego jest bezpodstawne.

3. Porównując tylko kosztorys ofertowy firmy AKPE GROUP Sp. z o.o. do kosztorysu uproszczonego Odwołującego się należy zwrócić uwagę na składowe kosztów pośrednich i zysku. Firma AKPE GROUP Sp. z o.o. przyjęła zysk na poziomie 12 %, a koszty pośrednie na poziomie 56%, Odwołujący przyjął zysk na poziomie 8%, a koszty pośrednie na poziomie 7%. Analizując powyższe można stwierdzić jednoznacznie, że Wykonawca AKPE GROUP Sp. z o.o. przyjął wyższe wskaźniki ryzyka, które mogą powstać przy realizacji przedmiotowego zamówienia niż to określił Odwołujący.

Podsumowując Zamawiający nie miał podstaw prawnych ani merytorycznych do odrzucenia oferty AKPE GROUP Sp. z o.o. w Katowicach ze względu na niezłożenie prawidłowych wyjaśnień. Nie odrzucił też oferty Odwołującego z tych samych względów. W ocenie Zamawiającego przedstawione dokumenty są wystarczające i nie budzą wątpliwości w zakresie prawidłowego zrealizowania przedmiotu zamówienia. Zamawiający przy badaniu ofert jak również wyjaśnień w zakresie rażąco niskiej ceny wziął pod uwagę indywidualny i specyficzny charakter niniejszego zamówienia. Zgodnie z ugruntowanym stanowiskiem orzecznictwa przytoczonym między innymi w wyroku KIO 1333/21 (...) oceny prawidłowości złożonych wyjaśnień dokonuje Zamawiający. Skoro zatem Odwołujący kwestionuje prawidłowość dokonanej oceny to winien wykazać i udowodnić, że ocena Zamawiającego była wadliwa. Zamawiający przyjął wyjaśnienia Wykonawcy, że jego oferta nie zawiera rażąco niskiej ceny z zachowaniem zasady uczciwej konkurencji oraz równego traktowania Wykonawców w sposób przejrzysty i proporcjonalny.

Do postępowania odwoławczego po stronie odwołującego przystąpienie zgłosił wykonawca: ENERGOKON-PLUS Sp. z o.o. z siedzibą w Sosnowcu wnosząc o uwzględnienie odwołania.

Do postępowania odwoławczego po stronie zamawiającego przystąpienie zgłosił wykonawca AKPE GROUP Sp. z o.o. z siedzibą w Katowicach wnosząc o oddalenie odwołania. W piśmie procesowym z dnia 9 stycznia br wskazał w szczególności:

1. Uwagi ogólne

Przystępujący kwestionuje stanowisko Odwołującego, który zarzuca Zamawiającemu dokonanie błędnej oceny wyjaśnień złożonych przez Przystępującego w ramach procedury badania ceny oferty. Zgodnie z regulacją art. 224 ust. 2 pkt 1) Pzp, w przypadku gdy cena całkowita oferty złożonej w terminie jest niższa o co najmniej 30% od wartości zamówienia

powiększonej o należny podatek od towarów i usług, ustalonej przed wszczęciem postępowania lub średniej arytmetycznej cen wszystkich złożonych ofert niepodlegających odrzuceniu w oparciu o przepisy ustawy, zamawiający zwraca się o udzielenie wyjaśnień, chyba że wspomniana rozbieżność wynika z okoliczności oczywistych, które nie wymagają wyjaśnienia. Zamawiający, pismem z dnia 9 listopada 2022 r. zwrócił się do Przystępującego o złożenie wyjaśnień dotyczących rażąco niskiej ceny. Przystępujący złożył wyjaśnienia uzasadniające zastosowanie ceny niższej w stosunku do kwoty, jaką Zamawiający przeznaczył na wykonanie zamówienia. Wykonawca AKPE Group Sp. z o. o. przedstawił w ramach odpowiedzi dowody, które również pozwoliły Zamawiającemu na ocenę oferty, jako nie przedstawiającej rażąco niskiej ceny. Odwołujący zaś stara się wykazać, że wyjaśnienia złożone przez Przystępującego są ogólnikowe, pobieżne i nie uwzględniają wszystkich istotnych elementów oraz dowodów.

1.1. Treść wezwania z dnia 9 listopada 2022 r.

Wbrew stanowisku Odwołującego wezwanie Zamawiającego do złożenia wyjaśnień nie było szczegółowe, nie zawierało żadnych konkretnych pytań, nie wykraczało poza standardowe wezwania do wyjaśnień ceny rażąco niskiej, lecz ograniczało się do przytoczenia treści przepisów art. 224 ust. 3, 5 i 6 Pzp. Zamawiający nie narzucał oczekiwanej formy wyjaśnień ani nie określał katalogu dowodów, jakie należało złożyć. W szczególności, Zamawiający nie obligował Przystępującego do złożenia kosztorysu ofertowego w rozumieniu rozporządzenia Ministra Rozwoju i Technologii z dnia 20 grudnia 2021 r. w sprawie określenia metod i podstaw sporządzania kosztorysu inwestorskiego, obliczania planowanych kosztów prac projektowych oraz planowanych kosztów robót budowlanych określonych w programie funkcjonalno-użytkowym (Dz.U. 2021 poz. 2458). Zamawiający oczekiwał przedstawienia standardowych wyjaśnień opierając treść wezwania na regulacji art. 224 ust. 3 pkt 1-8 Pzp. Zamawiający nie określił stopnia szczegółowości wyliczeń jakie miał przedstawić Przystępujący, nie wskazał elementów składowych, czy rozbitcia cenowego, które obligatoryjnie Wykonawca musi uwzględnić w swoich wyjaśnieniach. Co więcej podobną swobodę Zamawiający pozostawił Wykonawcom w zakresie obowiązku przedstawiania dowodów. To od oceny Wykonawcy zależało, czy uzna za potrzebę dowodzenia elementów istotnych i to również z punktu widzenia Wykonawcy, a nie Zamawiającego.

1.2. Wyjaśnienia złożone przez Przystępującego w piśmie z dnia 18 listopada 2022 r.

Przystępujący przedstawił wyjaśnienia zgodne z wymaganiami Zamawiającego tj. odpowiedział na pytania wynikające z art. 224 ust. 3 pkt 1-8 Pzp oraz przedstawił szczegółową kalkulację kosztów wykonania zamówienia (w formie kosztorysu), zawierającą wycenę wszystkich kluczowych elementów świadczenia. Poza kosztorysem katalog dowodów załączonych do wyjaśnień Przystępującego uzupełniały m.in. oferty na utylizację

(azbestu, papy), oferta zakupu drewna porozbiórkowego oraz przykładowe ogłoszenia potwierdzające możliwość nieodpłatnego przekazania gruzu porozbiórkowego osobom fizycznym zainteresowanym nieodpłatnym przyjęciem tego rodzaju surowca na zasadach uregulowanych w rozporządzeniu Ministra Środowiska z dnia 10 listopada 2015 r. w sprawie listy rodzajów odpadów, które osoby fizyczne lub jednostki organizacyjne niebędące przedsiębiorcami mogą poddawać odzyskowi na potrzeby własne, oraz dopuszczalnych metod ich odzysku (Dz.U. 2016 poz. 93).

1.3. Brak kwestionowania przez Odwołującego ceny oferty Przystępującego w całości

Tytułem uwag wstępnych należy również podkreślić, że Odwołujący nie wykazuje, że cena oferty Przystępującego jest ceną rażąco niską, tj. nierealną, oderwaną od realiów rynkowych, lecz skupił się na kwestionowaniu dwóch elementów składowych ceny (robocizny i kosztów utylizacji gruzu), co do których Odwołujący przedstawia własną ocenę wyjaśnień Przystępującego. Brak zakwestionowania przez Odwołującego ceny oferty Przystępującego jako całości jest o tyle zrozumiałe, że cena oferty Odwołującego została skalkulowana na równie konkurencyjnym poziomie co cena oferty Przystępującego. Ceny obu ofert stanowią najniższe ceny spośród wszystkich 19 ofert złożonych w postępowaniu, zaś dzieli je różnica zaledwie 135 300,00 zł brutto. Chcąc wykazać, że cena oferty Przystępującego jest ceną nierealną, skalkulowaną poniżej rynkowych kosztów wykonania (cena rażąco niska) Odwołujący musiałby de facto przyznać, że również jego oferta powinna zostać odrzucona jako zawierająca cenę rażąco niską. Stąd też, nie chcąc godzić we własne interesy, Odwołujący skupił się na własnej interpretacji treści wyjaśnień ceny złożonych przez Przystępującego, gdzie w dwóch aspektach sformułował zarzuty wyartykułowane w odwołaniu.

2. Stawka roboczogodziny pracownika

2.1. Elementy wezwania Zamawiającego z dnia 9 listopada 2022 r. związane z kosztami zatrudnienia

Wzywając Przystępującego do złożenia wyjaśnień w procedurze badania rażąco niskiej ceny Zamawiający przykładowo wskazał, że wyjaśnienia mogą dotyczyć, w szczególności zgodności z przepisami dotyczącymi kosztów pracy, których wartość przyjęta do ustalenia ceny nie może być niższa od minimalnego wynagrodzenia za pracę albo minimalnej stawki godzinowej, ustalonych na podstawie przepisów ustawy z dnia 10 października 2002 r. o minimalnym wynagrodzeniu za pracę (Dz.U. z 2020 r. poz. 2207) lub przepisów odrębnych właściwych dla spraw, z którymi związane jest realizowane zamówienie.

Przystępujący poświęcił zagadnieniu zgodności ceny oferty z odnośnymi regulacjami fragment wyjaśnień zawarty na str. 3 pisma z dnia 18 listopada 2022 r. W tym samym miejscu Przystępujący wyjaśnił jak należy rozumieć stawkę roboczogodziny ustaloną w kosztorysie na poziomie 20,00 zł netto. Przystępujący potwierdził również, że cena oferty

zawiera koszty związane z zapewnieniem stałe nadzoru nad robotami przez osoby posiadające odpowiednie uprawnienia.

Zamawiający pozostawił Przystępującemu swobodę w doborze sposobu, w jaki zostanie potwierdzone uwzględnienie w cenie oferty kosztów robocizny. Zamawiający nie sformułował obowiązku złożenia kosztorysu ofertowego w rozumieniu rozporządzenia Ministra Rozwoju i Technologii z dnia 20 grudnia 2021 r. w sprawie określenia metod i podstaw sporządzania kosztorysu inwestorskiego, obliczania planowanych kosztów prac projektowych oraz planowanych kosztów robót budowlanych określonych w programie funkcjonalno-użytkowym (Dz.U. 2021 poz. 2458). Zamawiający nie oczekiwał również wskazania liczby pracowników jaka będzie brać udział przy realizacji zamówienia, co zdaje się sugerować uzasadnienie odwołania. Odwołujący usiłuje narzucić Przystępującemu określony sposób przedstawienia wyjaśnień (zgodny z własnymi wyjaśnieniami), który to sposób nie wynika z treści wezwania Zamawiającego.

2.2. Sposób prezentacji kosztów robocizny w wyjaśnieniach Przystępującego

Przystępujący wyraźnie oświadczył, że jego oferta uwzględnia zatrudnienie pracowników na podstawie umowy o pracę, przy czym wynagrodzenie oraz koszty dodatkowe pracowników są zgodne z obowiązującymi przepisami prawa (w tym wynagrodzenie za pracę wyższe niż ustalone w ustawie z dnia 10 października 2002 r.). Kosztorys załączony do wyjaśnień Przystępującego uwzględnia stawkę za roboczogodzinę wynoszącą 20 zł/godz. (netto). Stawka w tej wysokości została ustalona jako kwota netto, jaką pracownik otrzymuje „na czysto”, tj. po odjęciu kosztów zatrudnienia (w tym podatków, składek). Pozostałe składowe kosztów pracy (w tym podatki, składki) zawarte zostały przez Przystępującego w kosztach pośrednich (56%) = 11,20 zł/godz. W 2022 r. minimalna stawka godzinowa wynagrodzenia za pracę wynosiła 19,70 zł/godz. (brutto), tj. 17,00 zł (kwota netto do wypłaty „na rękę” dla pracownika), co oznacza, że była niższa od stawki w kosztorysie Przystępującego (20 zł/godz.). Pozostałe koszty związane z zatrudnieniem w 2022 r., tj. zaliczka na podatek dochodowy, ZUS, itp. wynoszą 7,76 zł/godz., w tym:

- Składki ZUS pracownika 3,18 zł/godz., Składki ZUS pracodawcy – 3,99 zł/godz.,
- FP i FGŚP – 0,59 zł/godz.

Wobec powyższego łączny koszt pracy w 2022 r. wynoszący 27,76 zł/godz. jest niższy niż koszt pracy uwzględniony w kosztorysie Przystępującego (stawka netto + koszty pośrednie), wynoszący 31,2 zł/godz. W 2023 r. (do końca czerwca) łączny koszt pracy przy stawce netto 20 zł/ godz. będzie wynosił 27,31 zł/godz. W 2023 r. (począwszy od lipca) łączny koszt pracy przy stawce netto 20 zł/ godz. będzie wynosił 28,15 zł/godz.

Wobec powyższego, zarówno w pierwszej jak i drugiej połowie 2023 r. łączny koszt pracodawcy przy stawce netto 20 zł/ godz. (do ręki dla pracownika) jest nadal mniejszy niż

koszt pracy uwzględniony w kosztorysie Przystępującego (stawka netto + koszty pośrednie) wynoszący 31,2 zł/godz.

Ponadto Odwołujący się zarzuca Przystępującemu, że nie wykazał on liczby pracowników przewidzianych do realizacji zadania. W tym miejscu Przystępujący podkreśla, że Zamawiający takiego wymogu nie sformułował (wynika on jedynie z oczekiwań Odwołującego). W kosztorysie Przystępującego zawarto ilość roboczogodzin niezbędnych do wykonania zadania, bowiem liczba pracowników – z punktu widzenia kosztów wykonania zamówienia – jest nieistotna i będzie różna w zależności od etapu realizacji zadania.

Podsumowując powyższe:

- nieudowodniony i sprzeczny z treścią wyjaśnień jest zarzut, iż „przyjęte w kosztorysie wykonawcy AKPE wynagrodzenie wynoszące 20 zł netto jest wynagrodzeniem niezgodnym z przepisami z dnia 10 października 2022 r. o minimalnym wynagrodzeniu za pracę”.
- nie jest prawdą również, że „cena oferty AKPE nie zawiera składki ZUS finansowanej przez pracodawcę”.
- koszty pośrednie, uwzględnione w kosztorysie Przystępującego w kwocie 160 000,45 zł zawierają wszelkie pośrednie koszty związane z zatrudnieniem pracowników na poziomie zapewniającym wypłatę do rąk pracowników wynagrodzenia za pracę wynoszącego 20 zł netto.
- Wyjaśnienia Przystępującego zawierają potwierdzenie zgodności zaoferowanej ceny z przepisami dotyczącymi kosztów pracy, których wartość przyjęta do ustalenia ceny nie jest niższa od minimalnego wynagrodzenia za pracę albo minimalnej stawki godzinowej, ustalonych na podstawie przepisów ustawy z dnia 10 października 2002 r. o minimalnym wynagrodzeniu za pracę (Dz.U. z 2020 r. poz. 2207) lub przepisów odrębnych właściwych dla spraw, z którymi związane jest realizowane zamówienie.

3. Koszt utylizacji gruzu

3.1. Specyfika zamówień na rozbiórkę obiektów budowlanych

W dalszej kolejności Przystępujący zauważa, że stanowisko forsowane przez Odwołującego nie uwzględnia specyfiki przedmiotu zamówienia w niniejszym postępowaniu, w tym również faktu, iż gruz pochodzący z rozbiórki jest nie tyle odpadem, co cennym materiałem budowlanym powszechnie stosowanym do utwardzania dróg, placów czy wyrównywania terenów inwestycyjnych. Na powyższą kwestię zwróciła uwagę Krajowa Izba Odwoławcza w wyroku z dnia 15 kwietnia 2022 r., sygn. KIO 832/22 wskazując, że „(...) W postępowaniach na wykonanie prac rozbiórkowych bardzo duże różnice w poziomie oferowanych cen są zjawiskiem typowym i często spotykanym, co związane jest w znacznej mierze z przyjętą przez poszczególnych wykonawców metodą wykonania prac. Biorąc pod uwagę specyfikę tego rodzaju zamówień, niezasadna jest teza,

że tylko wykazanie nadzwyczajnych okoliczności mogłoby potwierdzić prawidłowość ceny. Jeśli wykonawca przedstawi w takiej sytuacji prawidłowe założenia i sposób kalkulacji ceny, a także okoliczności, które pozwalają ograniczyć koszty, oferowana cena - nawet jeśli jest istotnie niższa od cen oferowanych przez niektórych innych wykonawców - może być uznana za prawidłową.” Do podobnych wniosków doszedł skład orzekający KIO w innym orzeczeniu z dnia 29 lipca 2021 r., sygn. KIO 1946/21, który rozpoznał sprawę tożsamą do co przedmiotu zamówienia. KIO wskazała, że: „Nie można więc stwierdzić, że zamawiający zobowiązany jest odrzucić ofertę zawsze, gdy wykonawca nie wyjaśnia absolutnie każdego elementu kosztotwórczego i nie przedstawia dowodu na każde twierdzenie przedstawione w wyjaśnieniach, niezależnie od całokształtu tych wyjaśnień oraz obiektywnych uwarunkowań związanych z danym przedmiotem zamówienia. Skoro przedmiot zamówienia cechuje się nieznacznym stopniem skomplikowania i stosunkowo nieskomplikowaną strukturą kosztów, a rozstrzygające znaczenie dla poziomu cenowego ma założenie dotyczące sposobu wykonania przedmiotu zamówienia, to trudno wymagać od wykonawców jakiegoś wyjątkowego poziomu szczegółowości wyjaśnień i dyskwalifikować wyjaśnienia, do których nie załączono dowodów na każde twierdzenie w nich przedstawione. O ile wyjaśnienia jako całość są wiarygodne, rzetelne, ujawniają przyjęte przez wykonawcę założenia, a wartości przyjęte do kalkulacji ceny nie są nierealne, to nie ma podstaw do odrzucenia oferty”. (...) Skoro kalkulacja ujawnia przyjęte przez wykonawcę założenia co do sposobu realizacji zamówienia, dedykowanych do tego celu zasobów oraz poszczególnych czynników kosztotwórczych, to są to informacje, które pozwalają zweryfikować, czy wykonawca uwzględnił w cenie wszystkie niezbędne elementy i czy wycena została dokonana na rynkowym poziomie. Natomiast gdyby wycena ta zauważalnie odbiegała od wartości rynkowych, wykazanie jej prawidłowości wymagałoby udowodnienia, że po stronie wykonawcy istnieją szczególne okoliczności, które pozwoliły wycenę określonych elementów znacząco obniżyć. Sam brak dowodów na każdą okoliczność w sytuacji, gdy przedstawiona kalkulacja jest wiarygodna i nie odbiega od realiów rynkowych, nie może dyskwalifikować wyjaśnień. Automatyczne odrzucanie oferty w każdej sytuacji, gdy można wskazać jakiegokolwiek braki w materiale dowodowym załączonym do wyjaśnień, bez uwzględnienia ich istotności oraz bez wzięcia pod uwagę całokształtu wyjaśnień, prowadziłoby do eliminowania z postępowania korzystnych cenowo ofert, pozwalających jednocześnie na prawidłowe wykonanie przedmiotu zamówienia.”

Kwestia wymagań dowodowych związanych z uwzględnieniem kosztów utylizacji gruzu w cenie robót rozbiórkowych była niedawno przedmiotem rozważań Izby w jednej ze spraw odwoławczych. Otóż, w wyroku z dnia 25 listopada 2022 r., sygn. akt KIO 2979/22) badając rzetelność wskazanej przez jednego z wykonawców odległości, na jaką będzie transportowany gruz, Izba stwierdziła, że „Odwołujący nie przedstawił w tym zakresie

dowodu wskazującego, że w odległości 17 km od terenu budowy nie ma możliwości zagospodarowania odpadów powstałych z rozbiórki. (...) Izba nie podziela stanowiska odwołującego, że zamawiającemu nie wolno dokonywać oceny wyjaśnień wykonawców przez pryzmat posiadanej przez siebie wiedzy. Zamawiający nie może zastępować wykonawców w podawaniu okoliczności uzasadniających realność ich ceny, ale ma prawo korzystać z własnych informacji w celu ustalenia, czy podawane okoliczności są wiarygodne. Tym samym to, że być może odwołującemu nie jest znany fakt istnienia PSZOK i Krusznicy w Bolechowie i fakt, że odległość od terenu budowy do tego PSZOKa wynosi 17km, nie powoduje, że zamawiający uzyskując informację, że wykonawca (...) zamierza transportować odpady na odległość 17 km, miał prawo ocenić tę informację jako wiarygodną na podstawie posiadanej wiedzy”.

Analogicznie, w niniejszej sprawie dowody przedstawione przez Przystępującego (w postaci ogłoszeń właścicieli okolicznych nieruchomości gruntowych zainteresowanych nieodpłatnym przyjęciem gruzu) na podstawie posiadanej wiedzy, doświadczenia życiowego i rozeznania potrzeb lokalnego rynku, Zamawiający miał prawo ocenić jako wiarygodne. Tymczasem, Odwołujący nie przedstawił żadnych dowodów na okoliczność odmienną, tj. nie wykazał, że w odległości 10 km od terenu rozbiórki nie ma możliwości zagospodarowania odpadów powstałych z rozbiórki poprzez ich przekazanie osobom fizycznym. Odwołujący ogranicza się do twierdzenia, że „zachodzi bardzo wysokie prawdopodobieństwo, że wykonawcy nie uda się znaleźć miejsca w promieniu 10 km....”. Zarzut oparty jest zatem na przypuszczeniach, a nie dowodach.

3.2. Wykazanie przez Przystępującego rynkowych kosztów związanych z nieodpłatnym przekazaniem gruzu do zagospodarowania osobom fizycznym w kontekście niewiarygodnych założeń Odwołującego związanych z transportowaniem gruzu do Bytomia. W kalkulacji ceny oferty (ujawnionej w kosztorysie) Przystępujący przyjął koszt utylizacji gruzu w wysokości 5 zł/t oraz koszt transportu gruzu w wysokości 20,802 zł/m³, tj. $20,802 / 1,9 \text{ t/m}^3 = 10,95 \text{ zł/t}$. Wobec powyższego, łączny koszt wywozu i utylizacji gruzu, uwzględniony w kalkulacji Przystępującego wynosi 15,95 zł/t (przy założeniu zagospodarowania gruzu na rynku lokalnym). Odwołujący zarzuca, że jest to cena zbyt niska, pomimo tego, iż w swojej kalkulacji wykonawca ULMAN D. M. uwzględnił koszt wywozu i utylizacji gruzu na poziomie zaledwie 10 zł/t (zakładając wywóz gruzu do Bytomia). Założenia Odwołującego są całkowicie niewiarygodne. Oferowana przez odbiorcę cena za transport i zagospodarowanie gruzu jest nierealna (niewiarygodna), gdyż odległość z terenu rozbiórki w Wadowicach do punktu utylizacji w Bytomiu wynosi 95 km (w jedną stronę). Wobec czego koszt transportu gruzu (jednego kursu samochodem 25 t) będzie wynosił ok. 57 zł/t, tj. $190 \text{ km} \times 7,5 \text{ zł/km} = 1425 \text{ zł}$, tj. $1425 \text{ zł} / 25\text{t} = 57 \text{ zł/t}$. Ponadto, ten sam podmiot ("Transbud-Wulkan" Z. W.) zaoferował Odwołującemu usługę

utylicacji azbestu, pomimo tego, że nie posiada decyzji zezwalającej na zagospodarowanie tego rodzaju odpadów (kody 17 06 01* lub 17 06 05*). Przystępujący potwierdza, że gruz pochodzący z rozbiórki zostanie zagospodarowany w najbliższej okolicy miejsca realizacji zamówienia, poprzez przekazanie go właścicielom nieruchomości, niebędącym przedsiębiorcami w ilości dopuszczalnej w rozporządzeniu Ministra Środowiska z dnia 10 listopada 2015 r. w sprawie listy rodzajów odpadów, które osoby fizyczne lub jednostki organizacyjne niebędące przedsiębiorcami mogą poddawać odzyskowi na potrzeby własne, oraz dopuszczalnych metod ich odzysku (Dz.U. 2016 poz. 93). Istotnie, niektóre ogłoszenia o zamierza przyjęcia gruzu załączone do wyjaśnień Przystępującego mogą okazać się już nieaktualne lecz ciągle pojawiają się nowe. Gruz stanowi bowiem najtańsze kruszywo, chętnie wykorzystywane przy budowie dróg dojazdowych czy utwardzaniu placów na nieruchomościach. Mając na uwadze stanowisko Odwołującego, Przystępujący przedstawia dodatkowe oświadczenia właścicieli nieruchomości, którzy wyrażają gotowość przyjęcia gruzu pochodzącego z przedmiotowej rozbiórki. Nie są to dowody spóźnione, albowiem stanowią one adekwatną odpowiedź na zarzuty postawione w odwołaniu. Ponadto Przystępujący nadmienia, że Odwołujący niezasadnie określił ilość gruzu przeznaczonego do zagospodarowania poza terenem rozbiórki na poziomie prawie 23 000 t. Odwołujący nie wziął uwagę tego, że Zamawiający dopuścił możliwość zasypania zagłębień terenowych po likwidacji części podziemnych obiektów (piwnic, fundamentów, kanałów) rozdrobnionym gruzem, w związku z czym do wywozu pozostanie ok. 16 500 t. Tym samym powierzchnia nieruchomości niezbędna do jego złożenia jest mniejsza niż określił to Odwołujący. Przystępujący zamierza przekruszyć gruz i wypełnić nim zagłębienia terenowe. Jednostkowy koszt kruszenia i wbudowania gruzu jest nie większy niż przedstawiony w kosztorysie koszt jego wywozu i utylizacji poza terenem rozbiórki (15,95 zł/t).

Odnosząc się do kwestii rzekomego niedoszacowania ceny oferty Przystępującego o kwotę 1 114 500,00 zł (uwzględniającej koszt utylizacji gruzu na wysypisku) należy wyjaśnić, iż koszt utylizacji gruzu na składowisku w Wadowicach rzeczywiście jest bardzo wysoki. W związku z tym, zarówno Odwołujący, Przystępujący, jak i żaden inny z wykonawców zainteresowanych racjonalnym skalkulowaniem ceny oferty nie będzie zainteresowany utylizacją gruzu na wysypisku.

Reasumując, Zamawiający pozostawił Wykonawcom swobodę w doborze metody zagospodarowania gruzu porozbiórkowego. Wynika to z faktu, że istnieją różne sposoby postępowania z tego rodzaju materiałem. Przystępujący uwzględnił w cenie swojej oferty wcale nie najkorzystniejszą z metod (częściowy recykling gruzu w celu zasypania wykopów po rozbiórce oraz nieodpłatne przekazanie reszty gruzu osobom fizycznym), gdyż możliwe jest zmaksymalizowanie zysku, poprzez sprzedaż kruszonego gruzu jako materiału

budowlanego. Odwołujący zaś przyjął jedną z najmniej uzasadnionych ekonomicznie metod zagospodarowania gruzu, jaką jest transportowanie gruzu na znaczną odległość (do Bytomia).

4. Dodatkowy zysk ze sprzedaży złomu stalowego i drewna

Odnosząc się do ostatniego zdania w pkt B uzasadnienia odwołania Przystępujący nadmienia, że poza zyskiem wykazanim w kosztorysie (72 495,00 zł) Przystępujący przewidział dodatkowy przychód za sprzedaży złomu oraz drewna pozyskanego w trakcie rozbiórki. Według szacunków Przystępującego, opartych na dotychczasowych doświadczeniach przy realizacji podobnych robót rozbiórkowych, wizji lokalnej oraz dokumentacji postępowania, w trakcie wykonywania zamówienia Przystępujący pozyska nie mniej niż 150 t złomu (pręty zbrojeniowe, kaloryfery, orurowanie, itp.), którego wartość, po odliczeniu kosztów transportu to ok. 200 000 zł. Przychód ten stanowić będzie dla Przystępującego dodatkowy benefit, poza zyskiem obliczonym w kosztorysie, o czym Przystępujący wyraźnie wspomina w swoich wyjaśnieniach z dnia 18 listopada 2022 r., czego Odwołujący nie zauważył bądź też celowo pominął.

Izba ustaliła i zważyła co następuje:

Odwołanie podlega oddaleniu.

W odwołaniu wykonawca podniósł zarzut naruszenia art. 239 ust 1 oraz art. 224 ust 5 i 6 ustawy Pzp. Zdaniem Odwołującego, w złożonych wyjaśnieniach (...) wykonawca AKPE nie wykazał, że oferowana cena zapewnia prawidłowe wykonania przedmiotu zamówienia, zgodnie z wymaganiami określonymi przez Zamawiającego oraz wynikającymi z odrębnych przepisów, oraz nie złożył odpowiednich dowodów, dotyczących wyliczenia ceny, co powinno skutkować odrzuceniem oferty AKPE, którego to odrzucenia oferty Zamawiający zaniechał, tak jak i zaniechał czynności wszechstronnej i starannej weryfikacji wyjaśnień AKPE zawartych w piśmie z dnia 18 listopada 2022r. przez co ocenę wyjaśnień AKPE należy uznać za wadliwą (...). Powyższe powodowało naruszenie wskazanych przepisów i nie pozwalało na wybór tej oferty jako najkorzystniejszej.

Uwzględniając dokumentację tego postępowania, a także stanowiska przedstawione przez strony i uczestnika postępowania odwoławczego AKPE (Przystępujący), Izba uznała, że Zamawiający nie miał podstaw prawnych ani merytorycznych do odrzucenia oferty AKPE GROUP Sp. z o.o. w Katowicach z powodów wskazywanych w odwołaniu.

Przedmiotem zamówienia w niniejszym postępowaniu – rozdział IV SWZ - jest :
„1. Rozbiórka budynków dawnego Szpitala Powiatowego w Wadowicach”.

2. Przedmiot zamówienia obejmuje wykonanie robót budowlanych – rozbiórkowych, ujętych w dokumentacji projektowej, specyfikacjach technicznych wykonania i odbioru robót budowlanych oraz pomocniczo w przedmiarach robót, stanowiących załącznik nr 1 do niniejszej SWZ oraz wytyczne przedstawione poniżej.

Przedmiot zamówienia obejmuje rozbiórkę budynków dawnego Szpitala Powiatowego w Wadowicach położonych przy ul. Karmelickiej 5 w Wadowicach na działkach nr 4035/7, 4035/1, 4035/4, 4035/2, 4035/5, 4035/3.

2.1 Zakres robót obejmuje rozbiórkę wraz z fundamentami obiektów:

- Budynku stacji dializ,*
- Budynku głównego szpitala – segment A-B-C-D,*
- Budynku zabudowy zaplecza,*
- Budynku prosektorium i tlenowni,*
- Murków oporowych,*
- Ogrodzenia,*
- Przyłączy do obiektów rozbieranych,*

Do zadań Wykonawcy w ramach realizacji przedmiotu zamówienia należą również:

- Prace zabezpieczające teren rozbiórki w tym unikanie zapylenia terenu przyległego;*
- Składowanie i wywiezienie wszelkich materiałów, w tym gruzu oraz innych odpadów pochodzących z placu budowy zgodnie z katalogiem odpadów;*
- Utylizacja wraz ze złożeniem zaświadczenia o ich utylizacji lub recyklingu;*
- Obsługa geodezyjna – inwentaryzacja powykonawcza;*
- Wyrównanie terenu po rozbiórce;*
- Opracowanie dwóch egzemplarzy pełnej, kompletnej dokumentacji odbioru końcowego wymaganego przepisami art. 57 ustawy z dnia 7 lipca 1994 r. - Prawo budowlane (...).”*

Zamawiający, w piśmie z dnia 9 listopada 2022 r. zwrócił się do wykonawcy AKPE o złożenie wyjaśnień dotyczących rażąco niskiej ceny. Niewątpliwie – jak twierdził Przystępujący AKPE - wezwanie do złożenia wyjaśnień - wbrew stanowisku Odwołującego nie było szczegółowe - nie zawierało żadnych konkretnych pytań, nie wykraczało poza standardowe wezwania do wyjaśnień ceny rażąco niskiej. Wezwanie jak wynika z jego treści oparta została na regulacjach z art. 224 ust. 3, 5 i 6 Pzp. Zamawiający również w tym wezwaniu nie narzucał formy wyjaśnień ani nie określał katalogu dowodów, jakie należało złożyć. Zamawiający nie określił stopnia szczegółowości wyliczeń jakie miał przedstawić Przystępujący, nie wskazał elementów składowych, czy rozbicia cenowego, które obligatoryjnie Wykonawca musi uwzględnić w wyjaśnieniach. W szczególności nie

wymagał kosztorysu ofertowego w rozumieniu rozporządzenia w sprawie określenia metod i podstaw sporządzania kosztorysu inwestorskiego, obliczania planowanych kosztów prac projektowych oraz planowanych kosztów robót budowlanych określonych w programie funkcjonalno-użytkowym. Także pozostawił wykonawcom swobodę w zakresie obowiązku przedstawiania, na okoliczność istotnych z punktu widzenia wykonawcy, dowodów.

Wyjaśnienia złożone przez wykonawcę AKPE w piśmie z dnia 18 listopada 2022 r. nawiązują do wezwania z 9 listopada 2022 r. albowiem w tych wyjaśnieniach Przystępujący odpowiada na pytania w zakresie wymaganym w wezwaniu oraz przedstawia szczegółową kalkulację kosztów wykonania zamówienia (w formie kosztorysu opartego na przedmiarach), zawierającą wycenę kluczowych elementów świadczenia. Tak jak – podnosił Przystępujący na rozprawie – wyjaśnienia uzupełniał katalog dowodów m.in. oferty na utylizację (azbestu, papy), oferta zakupu drewna porozbiórkowego oraz przykładowe ogłoszenia potwierdzające możliwość nieodpłatnego przekazania gruzu porozbiórkowego osobom fizycznym zainteresowanym nieodpłatnym przyjęciem tego rodzaju surowca na zasadach uregulowanych w rozporządzeniu w sprawie listy rodzajów odpadów, które osoby fizyczne lub jednostki organizacyjne niebędące przedsiębiorcami mogą poddawać odzyskowi na potrzeby własne, oraz dopuszczalnych metod ich odzysku (...).

Przystępujący – w świetle ustaleń - złożył wyjaśnienia uzasadniające zastosowanie ceny niższej w stosunku do kwoty, jaką Zamawiający przeznaczył na wykonanie zamówienia, przedstawił w ramach wyjaśnień dowody, które również pozwoliły Zamawiającemu (uwzględniając indywidualny i specyficzny charakter danego zamówienia) na ocenę oferty, jako nie przedstawiającej rażąco niskiej ceny. Tym samym Odwołujący nie wykazał, że wyjaśnienia Przystępującego są ogólnikowe, pobieżne i nie uwzględniają wszystkich istotnych elementów oraz dowodów.

Także słusznie podnosił Zamawiający i Przystępujący, że cena oferty wykonawcy AKPE w całości nie jest kwestionowana. Odwołujący nie wykazuje, że cena jest rażąco niską (nierealną, oderwaną od realiów rynkowych). Skupia się na kwestionowaniu dwóch elementów składowych ceny (robocizny i kosztów utylizacji gruzu), co do których przedstawia własną ocenę wyjaśnień Przystępującego.

Oдноśnie stawki roboczogodziny pracownika, Przystępujący zastosował się do wytycznych Zamawiającego, który w wezwaniu z 9/11/2022 przykładowo wskazał, że wyjaśnienia mogą dotyczyć, w szczególności zgodności z przepisami dotyczącymi kosztów pracy, których wartość przyjęta do ustalenia ceny nie może być niższa od minimalnego wynagrodzenia za pracę albo minimalnej stawki godzinowej, ustalonych na podstawie przepisów ustawy o minimalnym wynagrodzeniu za pracę (...) lub przepisów odrębnych właściwych dla spraw, z którymi związane jest realizowane zamówienie. Na stronie 3

wyjaśnień Przystępujący podał, jak należy rozumieć stawkę roboczogodziny ustaloną w kosztorysie na poziomie 20,00 zł netto. Kosztorys załączony do wyjaśnień uwzględnia stawkę za roboczogodzinę wynoszącą 20 zł/godz. (netto). Pozostałe składowe kosztów pracy (w tym podatki, składki) zawarte zostały w kosztach pośrednich (56%) = 11,20 zł/godz. Według takiej kalkulacji – jak wskazał Przystępujący i Zamawiający – „łączny koszt pracy w 2022 r. wynoszący 27,76 zł/godz. jest niższy niż koszt pracy uwzględniony w kosztorysie (stawka netto + koszty pośrednie), wynoszący 31,2 zł/godz. Z kolei w roku 2023 r. (do końca czerwca) łączny koszt pracy przy stawce netto 20 zł/ godz. będzie wynosił 27,31 zł/godz. W 2023 r. (począwszy od lipca) łączny koszt pracy przy stawce netto 20 zł/ godz. będzie wynosił 28,15 zł/godz. Wobec powyższego, zarówno w pierwszej jak i drugiej połowie 2023 r. łączny koszt pracodawcy przy stawce netto 20 zł/ godz. jest nadal niższy niż koszt pracy uwzględniony w kosztorysie Przystępującego (stawka netto + koszty pośrednie) wynoszący 31,2 zł/godz.”. (dane z pism strony i uczestnika). W tych wyjaśnieniach wykonawca oświadczył ponadto, że oferta uwzględnia zatrudnienie pracowników na podstawie umowy o pracę, przy czym wynagrodzenie oraz koszty dodatkowe pracowników są zgodne z obowiązującymi przepisami prawa (w tym wynagrodzenie za pracę wyższe niż ustalone w cyt. ustawie z dnia 10 października 2002 r.). W kosztorysie wykonawcy AKPA zawarto liczbę roboczogodzin niezbędnych do wykonania zadania, natomiast liczba pracowników nie była wymagana, a z punktu widzenia kosztów wykonania zamówienia – mając na uwadze przedmiot zamówienia wskazany powyżej i co podkreślał wykonawca AKPA - nieistotna i będzie różna w zależności od etapu realizacji zadania.

Co do kosztu utylizacji gruzu, Zamawiający, mając na uwadze specyfikę zamówień na rozbiórkę obiektów budowlanych – jak wskazywał na rozprawie - pozostawił wykonawcom swobodę w doborze metody zagospodarowania gruzu porozbiórkowego. Istnieją różne sposoby postępowania z tego rodzaju materiałem. Przystępujący uwzględnił w cenie metodę częściowego recyklingu gruzu w celu zasypiania wykopów po rozbiórce oraz nieodpłatne przekazanie reszty gruzu osobom fizycznym, która pozwala na zmaksymalizowanie zysku, poprzez sprzedaż kruszonego gruzu jako materiału budowlanego. Niewątpliwie gruz pochodzący z rozbiórki jest nie tyle odpadem w rozumieniu negatywnym, co wartościowym materiałem budowlanym powszechnie stosowanym do utwardzania dróg, placów czy wyrównywania terenów inwestycyjnych. W zamówieniach na wykonanie prac rozbiórkowych – co potwierdza praktyka – występują bardzo duże różnice w poziomie oferowanych cen, co związane jest w znacznej mierze z przyjętą przez poszczególnych wykonawców metodą wykonania prac. Biorąc pod uwagę specyfikę tego rodzaju zamówień, niezasadna jest teza, że tylko wykazanie nadzwyczajnych okoliczności mogłoby potwierdzić prawidłowość ceny. Tak jak podkreśla

orzecznictwo i doktryna, jeżeli wykonawca przedstawi w takiej sytuacji prawidłowe założenia i sposób kalkulacji ceny, a także okoliczności, które pozwalają ograniczyć koszty, oferowana cena - nawet jeśli jest istotnie niższa od cen oferowanych przez niektórych innych wykonawców - może być uznana za prawidłową. Zatem jeśli wyjaśnienia jako całość są wiarygodne, rzetelnie przedstawiają przyjęte przez wykonawcę założenia, a wartości przyjęte do kalkulacji ceny nie są nierealne, to nie ma podstaw do odrzucenia oferty.

Odwołujący nie wykazał, że w odległości 10 km od terenu rozbiórki nie ma możliwości zagospodarowania odpadów powstałych z rozbiórki poprzez ich przekazanie osobom fizycznym. Twierdzenia wykonawcy, że „zachodzi bardzo wysokie prawdopodobieństwo, że wykonawcy nie uda się znaleźć miejsca w promieniu 10 km...” oparte jest na przypuszczeniach, a nie dowodach. Z wyjaśnień Przystępującego wynika, że wykonawca w kalkulacji ceny oferty (podanej w kosztorysie) przyjął koszt utylizacji gruzu w wysokości 5 zł/t oraz koszt transportu gruzu w wysokości 20,802 zł/m³ ($20,802/1,9 \text{ t/m}^3 = 10,95 \text{ zł/t}$). Łączny koszt wywozu i utylizacji gruzu, uwzględniony w kalkulacji Przystępującego wynosi 15,95 zł/t (przy założeniu zagospodarowania gruzu na rynku lokalnym). Istotnie, niektóre ogłoszenia o zamierza przyjęcia gruzu załączone do wyjaśnień Przystępującego mogą okazać się już nieaktualne lecz ciągle pojawiają się nowe. Gruz stanowi dalej tanie kruszywo, chętnie wykorzystywane przy budowie dróg dojazdowych czy utwardzaniu placów na nieruchomościach. Ponadto Przystępujący – jak wyjaśniał - zamierza przekruszyć gruz i wypełnić nim zagłębienia terenowe. Jednostkowy koszt kruszenia i wbudowania gruzu jest nie większy niż przedstawiony w kosztorysie koszt jego wywozu i utylizacji poza terenem rozbiórki (15,95 zł/t). Dodatkowe oświadczenia właścicieli nieruchomości, którzy wyrażają gotowość przyjęcia gruzu pochodzącego z przedmiotowej rozbiórki, nie są spóźnionymi dowodami, albowiem stanowią – jak słusznie zauważyli Zamawiający i Przystępujący - adekwatną odpowiedź na zarzuty podnoszone w odwołaniu. Izba także zwraca uwagę na dodatkowy przychód za sprzedaż złomu oraz drewna pozyskanego w trakcie rozbiórki, jak to określił Przystępujący, dodatkowy benefit, poza zyskiem obliczonym w kosztorysie, na co Przystępujący zwrócił uwagę wyjaśnieniach z dnia 18 listopada 2022 r.

W konkluzji Izba stwierdza, że powołany w odwołaniu przepis art. art. 224 ust 6 Pzp stanowi:

„6. Odrzuceniu, jako oferta z rażąco niską ceną lub kosztem, podlega oferta wykonawcy, który nie udzielił wyjaśnień w wyznaczonym terminie, lub jeżeli złożone wyjaśnienia wraz z dowodami nie uzasadniają podanej w ofercie ceny lub kosztu”.

Jak już wskazano wykonawca AKPE złożył wyjaśnienia adekwatnie do treści wezwania, a zatem Zamawiający słusznie uznał, że przedstawione dokumenty są wystarczające i nie budzą wątpliwości w zakresie prawidłowego zrealizowania przedmiotu zamówienia. W niniejszej sprawie dowody przedstawione przez Przystępującego (w postaci ogłoszeń właścicieli okolicznych nieruchomości gruntowych zainteresowanych nieodpłatnym przyjęciem gruzu) na podstawie posiadanej wiedzy, doświadczenia życiowego i rozeznania potrzeb lokalnego rynku, Zamawiający miał prawo ocenić jako wiarygodne. W przedmiotowej sprawie Zamawiający prawidłowo przyjął wyjaśnienia Przystępującego, że oferta AKPE nie zawiera rażąco niskiej ceny i tym samym pozostałe wskazane w odwołaniu przepisy w związku z wyborem tej oferty jako najkorzystniejszej nie zostały naruszone.

Orzekając o kosztach postępowania odwoławczego Izba miała na uwadze art. 557 ustawy Pzp oraz § 8 ust. 2 pkt 1) rozporządzenia Prezesa Rady Ministrów z dnia 30 grudnia 2020 r. w sprawie szczegółowych rodzajów kosztów postępowania odwoławczego, ich rozliczania oraz wysokości i sposobu pobierania wpisu od odwołania (Dz.U. z 2020 r., poz. 2437).

Mając powyższe na uwadze orzeczono jak w sentencji.

.....