

Sygn. akt KIO 3105/22

**WYROK**

**z dnia 8 grudnia 2022 r.**

**Krajowa Izba Odwoławcza - w składzie:**

**Przewodniczący: Anna Osiecka-Baran**

**Protokolant: Klaudia Kwadrans**

po rozpoznaniu na rozprawie w dniu 5 grudnia 2022 r. w Warszawie odwołania wniesionego do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej w dniu 23 listopada 2022 r. przez wykonawcę **A. J. prowadzącego działalność gospodarczą pod firmą Przedsiębiorstwo Budowlane „KOBUD” A. J. z siedzibą w Środzie Śląskiej** w postępowaniu prowadzonym przez zamawiającego **Gminę Wałbrzych - Zarząd Dróg, Komunikacji i Utrzymania Miasta w Wałbrzychu**

przy udziale wykonawcy **R.K. prowadzącego działalność gospodarczą pod firmą Przedsiębiorstwo Usługowo-Budowlane R. K. z siedzibą w Kamieńcu Ząbkowickim**, zgłaszającego przystąpienie do postępowania odwoławczego po stronie zamawiającego

**orzeka:**

- 1. Uwzględnia odwołanie w zakresie naruszenia art. 226 ust. 1 pkt 8 w związku z art. 224 ust. 6 ustawy Prawo zamówień publicznych i nakazuje zamawiającemu w odniesieniu do zadania 1: unieważnienie czynności wyboru oferty najkorzystniejszej oraz powtórzenie czynności badania i oceny ofert, w tym odrzucenie oferty złożonej przez R. K. prowadzącego działalność gospodarczą pod firmą Przedsiębiorstwo Usługowo-Budowlane R.K. z siedzibą w Kamieńcu Ząbkowickim oraz oferty złożonej przez R. Z. prowadzącego działalność gospodarczą pod firmą Przedsiębiorstwo Usługowo-Budowlane R. Z. z siedzibą w Wałbrzychu na podstawie art. 226 ust. 1 pkt 8 w związku z art. 224 ust. 6 ustawy Prawo zamówień publicznych.**
- 2. Oddala odwołanie w pozostałym zakresie.**

3. Kosztami postępowania obciąża **Zamawiającego** w części 1/2 i **Odwołującego** w części 1/2 i:
- 3.1. 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;
- 3.2. zasądza od **Zamawiającego** na rzecz **Odwołującego** kwotę **6 800 zł 00 gr** (słownie: sześć tysięcy osiemset złotych zero groszy) stanowiącą uzasadnione koszty strony, poniesione z tytułu wpisu od odwołania i wynagrodzenia pełnomocnika.

Stosownie do art. 579 i art. 580 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**.

**Przewodniczący:** .....

## Uzasadnienie

Gmina Wałbrzych - Zarząd Dróg, Komunikacji i Utrzymania Miasta w Wałbrzychu, dalej „Zamawiający”, prowadzi postępowanie o udzielenie zamówienia publicznego pn. *Rozbiórka obiektów gminnych w podziale na zadania*. Postępowanie prowadzone jest na podstawie przepisów ustawy z dnia 11 września 2019 r. - Prawo zamówień publicznych (Dz. U. z 2022 r. poz. 1710 ze zm.), dalej „ustawa Pzp”. Ogłoszenie o zamówieniu zostało zamieszczone w Biuletynie Zamówień Publicznych w dniu 11 października 2022 r. pod numerem 2022/BZP 00387623/01.

W dniu 5 grudnia 2022 r. wykonawca A. J. prowadzący działalność gospodarczą pod firmą Przedsiębiorstwo Budowlane „KOBUD” A. J. z siedzibą w Środzie Śląskiej, dalej „Odwołujący”, wniósł odwołanie w zakresie zadania 1, zarzucając Zamawiającemu naruszenie:

1. art. 226 ust. 1 pkt 8) w zw. z art. 224 ust. 1, 5 i 6 ustawy Pzp przez wybór oferty Przedsiębiorstwa Usługowo-Budowlanego R. K. podlegającej odrzuceniu z powodu zaoferowania w tej ofercie ceny rażąco niskiej w stosunku do przedmiotu zamówienia, a co w szczególności wynika z wyjaśnień złożonych przez Przedsiębiorstwo Usługowo-Budowlane R. K. wobec wezwania tego wykonawcy przez Zamawiającego do wyjaśnień na podstawie art. 224 ust. 1 ustawy Pzp – w tym z uwagi na: brak przedstawienia dowodów w zakresie wyliczenia ceny (a która to konieczność wynika nie tylko z przepisów i orzecznictwa, ale wskazał na nią wprost sam zamawiający w treści wezwania z 8 listopada 2022 r.), jak również wobec braku przedstawienia w treści wyjaśnień poszczególnych kosztów, cen i założeń oraz zaniżenia poszczególnych kosztów (w szczególności w zakresie np. kosztów utylizacji/recyklingu gruzu i transportu na wskazane przez Zamawiającego wysypisko, kosztów utylizacji drewna, utylizowanych odpadów, np. gruz i papa, pominięcie w zestawieniu kosztów zakupu ziemi, kosztów wynagrodzeń, w tym stawki, liczby osób, stanowiska), czy też oparcie się jedynie na zapewnieniu ww. wykonawcy o rzekomym doświadczeniu, co w żaden sposób nie dowodzi o prawidłowości oferty, nadto złożone wyjaśnienia są lakoniczne i w żaden sposób nie potwierdzają rynkowości przyjętych cen i kosztów – w konsekwencji czego wykonawca nie obalił domniemania, że zaoferowano rażąco niską cenę, a co za tym idzie doszło do nieuzasadnionego zaniechania Zamawiającego odrzucenia oferty wykonawcy, którego wyjaśnienia wraz z dowodami nie uzasadniają podanej w ofercie ceny oraz istotnych części składowych ceny;

2. art. 226 ust. 1 pkt 8) w zw. z art. 224 ust. 1, 5 i 6 ustawy Pzp przez zaniechanie odrzucenia oferty wykonawcy Przedsiębiorstwa Usługowo-Budowlanego R. Z., w sytuacji gdy zaoferowana w ofercie cena jest rażąco niska w stosunku do przedmiotu zamówienia, a co w szczególności wynika z wyjaśnień złożonych przez Przedsiębiorstwo Usługowo-Budowlane R. Z. wobec wezwania Zamawiającego na podstawie art. 224 ust. 1 ustawy Pzp – w szczególności z uwagi na brak przedstawienia jakichkolwiek dowodów, w tym braku dowodów w zakresie wyliczenia ceny (a która to konieczność wynika nie tylko z przepisów i orzecznictwa, ale wskazał na nią wprost sam zamawiający w treści wezwania z 8 listopada 2022 r.), jak również wobec braku przedstawienia w treści wyjaśnień poszczególnych kosztów, cen i założeń oraz oparcie się na zapewnieniu ww. wykonawcy o rzekomym doświadczeniu – a przez co wyjaśnienia te nie obaliły domniemania, że zaoferowano rażąco niską cenę, a wręcz ją potwierdzają;

3. art. 226 ust. 1 pkt 5) w zw. z art. 16 ust. 1 ustawy Pzp przez brak odrzucenia oferty Przedsiębiorstwa Usługowo-Budowlanego R. K. i oferty złożonej przez wykonawcę Przedsiębiorstwo Usługowo-Budowlane R.Z.a podlegającej odrzuceniu z powodu niezgodności tej oferty z warunkami zamówienia określonymi treścią specyfikacji warunków zamówienia z załącznikami (w tym projektowanymi postanowieniami umownymi - § 2), a co potwierdza treść wyjaśnień złożonych przez Przedsiębiorstwo Usługowo-Budowlanego R. K. i Przedsiębiorstwo Usługowo-Budowlanego R. Z. z których to wynika, że wykonawcy ci nie uwzględnili wszystkich obowiązków mających spoczywać na wykonawcy, w szczególności w zakresie wywozu i przekazaniu wyselekcjonowanych odpadów budowlanych powstałych w trakcie realizacji umowy do odzysku lub unieszkodliwienia na składowisko wskazane przez Zamawiającego, kosztów zaplecza socjalnego czy też kosztów utylizacji, kosztów zakupu hummusu - a przez co złożone oferty nie obejmują wszystkich elementów składających się na przedmiot zamówienia, co winno skutkować ich odrzuceniem;

4. art. 16 ustawy Pzp przez przeprowadzenie postępowania o udzielenie zamówienia publicznego w sposób niezapewniający zachowania uczciwej konkurencji, równego traktowania wykonawców, proporcjonalności i przejrzystości.

Odwołujący wniósł o uwzględnienie odwołania w całości, nakazanie Zamawiającemu: unieważnienia czynności wyboru oferty najkorzystniejszej; powtórzenia czynności badania i oceny ofert w postępowaniu, w tym odrzucenia oferty Przedsiębiorstwa Usługowo-Budowlanego R.K.i oferty Przedsiębiorstwa Usługowo-Budowlanego R. Z..

Do postępowania odwoławczego po stronie Zamawiającego w ustawowym terminie przystąpił wykonawca R.K. prowadzący działalność gospodarczą pod firmą Przedsiębiorstwo

Usługowo-Budowlane R. K. z siedzibą w Kamieńcu Ząbkowickim, dalej również „Przystępujący”.

Pismem z dnia 2 grudnia 2022 r. Zamawiający złożył odpowiedź na odwołanie, wnosząc o jego oddalenie.

**Uwzględniając dokumentację z przedmiotowego postępowania o udzielenie zamówienia publicznego, jak również biorąc pod uwagę oświadczenia i stanowiska stron oraz uczestników postępowania odwoławczego, złożone w pismach procesowych, jak też podczas rozprawy, Izba stwierdziła, iż odwołanie zasługuje na uwzględnienie w części.**

Izba dopuściła w niniejszej sprawie dowody z dokumentacji postępowania, w szczególności z: protokołu postępowania o udzielenie zamówienia, ogłoszenia o zamówieniu, specyfikacji warunków zamówienia, ofert wykonawców, wyjaśnień Przystępującego w zakresie rażąco niskiej ceny oraz wyjaśnień R. Z.prowadzącego działalność gospodarczą pod firmą Przedsiębiorstwo Usługowo-Budowlane R. Z.z siedzibą w Wałbrzychu, informacji o wyborze najkorzystniejszej oferty. Izba wzięła również pod uwagę stanowiska wyrażone w odwołaniu, odpowiedzi na odwołanie, piśmie procesowym Przystępującego, piśmie procesowym Odwołującego, a także oświadczenia i stanowiska stron oraz uczestnika postępowania odwoławczego wyrażone ustnie do protokołu posiedzenia i rozprawy w dniu 5 grudnia 2022 r.

Izba ustaliła, co następuje.

Przedmiotem zamówienia jest rozbiórka obiektów gminnych. Zgodnie z §2 wzoru umowy do obowiązków wykonawcy należy:

- a) przygotowanie i złożenie Zamawiającemu dokumentów (wymaganych przez PINB) do zgłoszenia rozbiórki obiektu,
- b) opracowanie planu BIOZ,
- c) protokolarne przejęcie od Zamawiającego terenu budowy,
- d) zagospodarowanie terenu budowy i zaplecza socjalnego dla potrzeb własnych – zgodnie z obowiązującymi w tym zakresie przepisami,
- e) przed przystąpieniem do rozbiórki opróżnienie budynku z mebli oraz innych przedmiotów pozostałych w budynku i ich utylizacja,
- f) utrzymanie porządku na terenie budowy w czasie realizacji robót,
- g) prowadzenie prac rozbiórkowych z zachowaniem szczególnej ostrożności m.in. poprzez:

- zastosowanie niezbędnych środków ochrony indywidualnej wszystkich osób przebywających na terenie realizowanej rozbiórki,
  - zastosowanie ogrodzenia z paneli pełnych o wysokości min. 1,8 – 2.0 m.b., wygrodzenie stref niebezpiecznych uniemożliwiających dostęp osobom postronnym oraz umieszczenie tablic ostrzegawczych i tablicy informacyjnej,
  - wydzielenie składowiska materiałów z rozbiórki, tj. drewno, stal, gruz,
  - zastosowanie specjalistycznych urządzeń przy ręcznym usuwaniu materiałów z rozbieranego budynku, np. zsuwnice pochyłe, rynny spustowe i in.,
  - w celu zmniejszenia zapylenia – zainstalowanie zraszaczy na wszystkich stanowiskach kruszenia muru i zaprawy,
  - zabezpieczenie sąsiedniej zabudowy zgodnie z dokumentacją projektową oraz dodatkowo zastosować maty ochronne na ścianie sąsiedniego budynku (ul. Niepodległości 247)(w tym powiadomienie właścicieli sąsiednich nieruchomości o zamiarze przystąpienia do rozbiórki) oraz drzewostanu przed ewentualnym uszkodzeniem.
- h) uporządkowanie terenu po zakończeniu robót, odtworzenie ewentualnie uszkodzonych nawierzchni lub obiektów sąsiadujących,
- i) wyrównanie terenu po zakończonej rozbiórce, ułożenie 10 cm humusu oraz posianie trawy,
- j) wywóz i przekazanie wyselekcjonowanych odpadów budowlanych powstałych w trakcie realizacji umowy do odzysku lub unieszkodliwienia na składowisko wskazane przez Zamawiającego, gruz przed wywozem powinien być rozdrobniony,
- k) zapewnienie kierownika rozbiórki zgodnie z wymaganymi uprawnieniami,
- l) opracowanie geodezyjnej inwentaryzacji powykonawczej terenu z aktualizacją mapy zasadniczej wraz ze zgłoszeniem likwidacji obiektu w Biurze Geodezji, Kartografii i Katastru Nieruchomości Urzędu Miejskiego w Wałbrzychu,
- m) wykonanie projektu zmiany czasowej organizacji ruchu drogowego, wprowadzanej na czas rozbiórki obiektu budowlanego, w tym zgłoszenie zajęcia pasa drogowego do właściwego organu oraz poniesienie wszelkich kosztów z tym związanych.

Izba ustaliła, że szacunkowa wartość zamówienia powiększona o podatek VAT wynosiła 738 000,00 zł, natomiast średnia arytmetyczna cen wszystkich złożonych ofert, które nie podlegają odrzuceniu na podstawie art. 226 ust. 1 pkt 1 i 10 ustawy Pzp, wynosiła 407 642,01 zł.

Przystępujący podał cenę za wykonanie przedmiotu zamówienia: 248 460,00 zł brutto, tj. o 66,33% niższą od szacunkowej wartości zamówienia powiększonej o podatek VAT oraz o 39,05% niższą od średniej arytmetycznej cen wszystkich złożonych ofert, które nie podlegają odrzuceniu na podstawie art. 226 ust. 1 pkt 1 i 10 ustawy Pzp. Wykonawca R. Z. podał cenę za wykonanie przedmiotu zamówienia: 269 862,00 zł brutto, tj. o 63,43% niższą od szacunkowej wartości zamówienia powiększonej o podatek VAT oraz o 33,80% niższą od średniej arytmetycznej cen wszystkich złożonych ofert, które nie podlegają odrzuceniu na podstawie art. 226 ust. 1 pkt 1 i 10 ustawy Pzp.

Pismem z dnia 8 listopada 2022 r. Zamawiający wezwał Przystępującego oraz p. R. Z. do złożenia wyjaśnień, w tym złożenia dowodów, w zakresie wyliczenia ceny na podstawie art. 224 ust. 2 pkt 1 ustawy Pzp. Zamawiający podnosił, że w celu ustalenia, czy złożona przez wykonawcę oferta zawiera rażąco niską cenę w stosunku do przedmiotu zamówienia, zwraca się o udzielenie wyjaśnień, w tym złożenia dowodów w zakresie wyliczenia ceny, w szczególności w zakresie:

- 1) 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;
- 2) zgodności z przepisami z zakresu prawa pracy i zabezpieczenia społecznego, obowiązującymi w miejscu, w którym realizowane jest zamówienie.

W odpowiedzi na powyższe, Przystępujący pismem z dnia 13 listopada 2022 r. przedłożył wyjaśnienia wskazując na szacunkowy koszt zadania, który nie przekroczy 169500,00 złotych brutto (pozostała kwota –78960,00 zł -stanowi przewidywany zysk) w tym:

*Koszty pracownicze wraz z dodatkiem za pracę w delegacji 6 osoby x ok.7000 zł brutto (pensja + diety) za 25 dni robocze ( minimalna płaca 3010 zł brutto za przepracowany miesiąc pracy) - 42000 zł pensja pracownika – podstawa za pełny miesiąc: 3056 zł netto - 4000 zł brutto + składki będące po stronie pracodawcy 801 zł, diety za pracę w delegacji 25 x 38 zł za dzień pracy, dieta za nocleg nie przysługuje – z uwagi na niewielką odległość od siedziby firmy nie planuje zakwaterowania*

*Koszt eksploatacji sprzętu –firma dysponuje całością sprzętu do wykonania zadania (paliwo, koszty eksploatacyjne, koszty dojazdu i przerwania sprzętu,) – 75000 zł*

*Koszt utylizacji / recyklingu gruzu i transportu na wskazane przez Zamawiającego wysypisko – 20000 zł*

*koszt organizacji placu budowy (usunięcie ewentualnych zalegających śmieci, przygotowanie placu budowy) – 4000 zł*

*koszt utylizacji innych odpadów porozbiórkowych(śmieci, papa itp) – 10000zł*

*koszt obsługi budowy przez kierownika budowy - 2000 zł*

*koszt inwentaryzacji geodezyjnej - 1500zł*

*projekt organizacji ruchu/zabezpieczenie sąsiednich posesji oraz zapewnienie komunikacji – 7000 zł*

*koszt uporządkowania terenu – 4000zł*

*koszty pośrednie i wydatki nie dające się przewidzieć na etapie składania ofert – 4000 zł.*

Do wyjaśnień dołączono listę większych robót rozbiórkowych zrealizowanych w 2018 – 2020 r. oraz Ewidencję Środków Trwałych – rok 2021 r.

P. R.Z. wskazał natomiast, że sporządzając ofertę oparł się na wiedzy i doświadczeniu, które wynika z realizacji podobnych zadań, wykonanych w latach 2012 — 2021 w miejscowości Wałbrzych. Średnia cen na rozbiórki podobnego typu obiektów, wraz z usunięciem i utylizacją gruzu, zamykała się w przedziale 29,90 do 34,30 PLN/m<sup>3</sup> kubatury obiektu. Dla omawianego tutaj zadania przyjęliśmy kwotę 34,82 PLN/m<sup>3</sup>, biorąc pod uwagę miejsce realizacji, termin i technologię opisaną w SIWZ. Przygotowując ofertę przyjęliśmy do kalkulacji minimalną stawkę roboczogodziny wg aktualnie obowiązujących przepisów, ponadto samodzielnie przygotowujemy projekt tymczasowej organizacji ruchu ( zatrudniamy inżynierów z wymaganymi uprawnieniami ) co znacząco obniża koszty realizacji zadania. Kalkulacja całościowa prac rozbiórkowych sporządzona została na bazie wewnątrzzakładowej wyceny pracy sprzętu i środków transportowych. Posiadamy znaczny park maszynowy oraz transportowy co pozwala wykonywać nam prace sprawnie i szybko, w całości opierając się na środkach własnych, bez korzystania z usług firm zewnętrznych. Miejsce realizacji inwestycji leży zaledwie 5 km od siedziby firmy co przekłada się na dalszą redukcję kosztów związanych z powyższym zadaniem. Po dokonaniu wizji lokalnej oraz analizie danych w SIWZ (dokumentacji projektowej), szacujemy odzysk elementów drewnianych na poziomie ok 35-40 m<sup>3</sup>, które to elementy mogą zostać oczyszczone i posegregowane, następnie można je wykorzystać do bieżącej działalności firmy. Daje to określony efekt finansowy, który przełożyliśmy również na cenę oferty. Zapewniamy, że w zaoferowanej cenie jesteśmy w stanie wykonać przedmiot zamówienia wg wymagań Zamawiającego nie generując dla firmy niebezpieczeństwa nierentowności kontraktu czy możliwości niewykonania zadania w wymaganym terminie.



Zamawiający pismem z dnia 18 listopada 2022 r. poinformował wykonawców o wyborze oferty najkorzystniejszej, za którą uznał ofertę Przystępującego.

Uwzględniając powyższe, Izba zważyła, co następuje.

W pierwszej kolejności Izba ustaliła, że nie zaszła żadna z przesłanek, o których stanowi art. 528 ustawy Pzp, skutkujących odrzuceniem odwołania.

W drugiej kolejności Izba stwierdziła, że Odwołującemu przysługiwało prawo do skorzystania ze środka ochrony prawnej, gdyż wypełniono materialnoprawną przesłankę interesu w uzyskaniu zamówienia, określoną w art. 505 ust. 1 ustawy Pzp, kwalifikowaną możliwością poniesienia szkody, będącej konsekwencją zaskarżonych w odwołaniu czynności. Izba nie podzieliła argumentacji Zamawiającego co do braku interesu Odwołującego w uzyskaniu zamówienia. Zamawiający wskazywał, że cena oferty złożonej przez Odwołującego przekracza kwotę, którą Zamawiający zamierza przeznaczyć na realizację zamówienia.

Izba wskazuje, że interes w uzyskaniu zamówienia dotyczy daty wniesienia odwołania, zatem dalsze hipotetyczne czynności zamawiającego, zmierzające do unieważnienia postępowania, w przypadku ustalenia, że cena lub koszt najkorzystniejszej oferty lub oferta z najniższą ceną przewyższa kwotę, którą zamawiający zamierza przeznaczyć na sfinansowanie zamówienia, a której to ceny lub kosztu zamawiający nie może zwiększyć (zresztą Zamawiający złożył jedynie oświadczenie w odpowiedzi na odwołanie oraz na rozprawie, nie poparte żadnymi dowodami), nie pozbawiają wykonawcy środków ochrony prawnej. Pojęcie interesu należy traktować co do zasady szeroko, a działanie podmiotu kwestionującego wybór oferty, nawet w przypadku gdy oferta Odwołującego przekracza budżet Zamawiającego, prowadzi do zapewnienia prawidłowego przebiegu postępowania.

Ponadto, interesu wykonawcy w uzyskaniu kontraktu nie należy odnosić tylko do „danego postępowania”, ale do „danego zamówienia”. Pojęcie „danego zamówienia” jest więc pojęciem szerszym od pojęcia samego postępowania o udzielenie zamówienia. Zamówienia bowiem można udzielić nie tylko w wyniku przeprowadzenia jednego postępowania, ale tych postępowań może być więcej (wyrok w sprawie C-110/12 Fastweb, wyrok w sprawie C-689/13 PFE, wyrok w sprawie C-131/16 Archus et Gama).

Dalej, Izba, uwzględniając zgromadzony w sprawie materiał dowodowy, w szczególności zakres zarzutów podniesionych w odwołaniu, doszła do przekonania, iż w niniejszym postępowaniu doszło do naruszenia przez Zamawiającego przepisów ustawy, które miało wpływ lub może mieć istotny wpływ na wynik postępowania o udzielenie

zamówienia, a tym samym, na podstawie art. 554 ust. 1 ustawy Pzp, rozpoznawane odwołanie zasługiwało na uwzględnienie w części.

Izba uznała, że potwierdził się zarzut naruszenia przez Zamawiającego art. 226 ust. 1 pkt 8 w związku z art. 224 ust. 6 ustawy Prawo zamówień publicznych, zgodnie z którymi 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; zamawiający odrzuca ofertę, jeżeli zawiera rażąco niską cenę lub koszt w stosunku do przedmiotu zamówienia.

Odwołujący podnosił, że Przystępujący nie przedstawił dowodów w zakresie wyliczenia ceny, a Zamawiający oparł się jedynie na zapewnieniach wykonawcy oraz istotnie zaniżył niektóre elementy, takie jak koszt utylizacji/recyklingu gruzu i transportu na wskazane wysypisko, koszt dowozu ziemi czy też utylizacji odpadów porozbiórkowych i drewna, koszty pracownicze. Równocześnie Odwołujący podnosił, że także wykonawca R.Z. prowadzący działalność gospodarczą pod firmą Przedsiębiorstwo Usługowo-Budowlane R. Z. z siedzibą w Wałbrzychu nie przedstawił żadnych dowodów w zakresie wyliczenia ceny, oparł się jedynie na zapewnieniach oraz nie przedstawił żadnych założeń w odniesieniu do kosztów pracowniczych.

W ocenie składu orzekającego z powyższym stanowiskiem należy się zgodzić. Izba ustaliła, że Zamawiający wezwał Przystępującego oraz p. R.Z. do udzielenia wyjaśnień w zakresie rażąco niskiej ceny, w tym złożenia dowodów dotyczących wyliczenia ceny, wymagając przy tym złożenia dowodów w zakresie wyliczenia ceny, w szczególności w zakresie: 1) 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; 2) zgodności z przepisami z zakresu prawa pracy i zabezpieczenia społecznego, obowiązującymi w miejscu, w którym realizowane jest zamówienie.

Przystępujący pismem z dnia 13 listopada 2022 r. udzielił wyjaśnień, wskazując na szacunkowy koszt zadania, który nie przekroczy 169500,00 złotych brutto (pozostała kwota – 78960,00 zł -stanowi przewidywany zysk) w tym:

- Koszty pracownicze wraz z dodatkiem za pracę w delegacji 6 osoby x ok.7000 zł brutto (pensja + diety) za 25 dni robocze ( minimalna płaca 3010 zł brutto za przepracowany miesiąc pracy) - 42000 zł pensja pracownika – podstawa za pełny miesiąc: 3056 zł netto - 4000 zł brutto + składki będące po stronie pracodawcy 801 zł, diety za pracę w delegacji 25 x

38 zł za dzień pracy, dieta za nocleg nie przysługuje – z uwagi na niewielką odległość od siedziby firmy nie planuje zakwaterowania

- Koszt eksploatacji sprzętu –firma dysponuje całością sprzętu do wykonania zadania (paliwo, koszty eksploatacyjne, koszty dojazdu i przerzutu sprzętu,) – 75000 zł
- Koszt utylizacji / recyklingu gruzu i transportu na wskazane przez Zamawiającego wysypisko – 20000 zł
- koszt organizacji placu budowy (usunięcie ewentualnych zalegających śmieci, przygotowanie placu budowy) – 4000 zł
- koszt utylizacji innych odpadów porozbiórkowych(śmieci, papa itp) – 10000zł
- koszt obsługi budowy przez kierownika budowy - 2000 zł
- koszt inwentaryzacji geodezyjnej - 1500zł
- projekt organizacji ruchu/zabezpieczenie sąsiednich posesji oraz zapewnienie komunikacji – 7000 zł
- koszt uporządkowania terenu – 4000zł
- koszty pośrednie i wydatki nie dające się przewidzieć na etapie składania ofert – 4000 zł.

Niemniej, Przystępujący poprzestał w wyjaśnieniach na wskazaniu pewnych kwot, która w ocenie składu orzekającego nie stanowią odpowiedzi na wezwanie Zamawiającego. Ponadto, Przystępujący nie uzasadnił podstaw skalkulowania wynagrodzenia w danym wymiarze. Nie złożył wyjaśnień w zakresie kosztu utylizacji/recyklingu gruzu i transportu na wskazane wysypisko, kosztu dowozu ziemi czy też utylizacji odpadów porozbiórkowych i drewna, kosztów pracowniczych. Dopiero w zgłoszeniu przystąpienia do postępowania odwoławczego wykonawca oświadczył, że kalkulowanie kosztów gruzu na składowisko było bezcelowe, bowiem wysypisko jest bezpłatne, należące do Zamawiającego, a drewno może być sprzedane jako pełnowartościowy materiał opałowy. Ponadto, wskazał za ile kupuje ziemię, załączając ofertę na sprzedaż ziemi. Przystępujący nie powinien jednak przedstawiać nowych oświadczeń na potwierdzenie prawidłowości przedłożonej zamawiającemu kalkulacji, zwłaszcza jeżeli zawierałyby one nieznane zamawiającemu w dacie rozstrzygnięcia postępowania informacje. Dodatkowo argumentacja związana z brakiem ponoszenia kosztów wynajmu przenośnego ogrodzenia jest bezcelowa, bowiem Zamawiający winien wiedzieć na etapie przedłożonych wyjaśnień, które elementy z załączonego wykazu – ewidencji środków trwałych zostaną wykorzystane przy realizacji niniejszego zamówienia. Zdarzyć się przecież może, że wykazywany park maszynowy będzie wykorzystany do wykonywania czynności przy innych inwestycjach, realizowanych w tym samym czasie. Jeżeli okolicznością uprawdopodobniającą oszczędności

Przystępującego miało być przykładowo otrzymanie wynagrodzenia za odpady w punkcie odbioru należało przedstawić konkretne dowody na tę okoliczność.

Jeżeli zaś chodzi o wyjaśnienia p. R. Z. należy wskazać, że po pierwsze mają charakter ogólnikowy, lakoniczny, sama treść zawiera się na niespełna jednej stronie. Nadto, opierają się w zasadzie na zapewnieniu wykonawcy o wiedzy i doświadczeniu, nie zawierają żadnych dowodów w zakresie wyliczenia ceny i nie przedstawiają analizy kosztów i poszczególnych elementów składających się na zamówienie. Jednocześnie wykonawca w zakresie kosztów pracowniczych nie przedstawił żadnych wyliczeń czy założeń co do liczby pracowników, a co za tym idzie kosztów wynagrodzeń.

Należy wskazać, że profesjonaliści jakim niewątpliwie są wykonawcy biorący udział w niniejszym postępowaniu, ubiegający się i uzyskujący zamówienia publiczne zgodnie z procedurami określonymi w ustawie Pzp, powinni mieć świadomość, iż kierowane do nich wezwanie w trybie art. 224 ust. 2 ustawy Pzp oznacza konieczność wyjaśnienia w jak najszybszy sposób podstaw wyceny i kalkulacji całej ceny ofertowej i wykazania, że cena ta będzie pokrywała co najmniej wszystkie koszty związane z realizacją zamówienia. To na wykonawcy, do którego jest kierowane takie wezwanie spoczywa ciężar wykazania powyższego Zamawiającemu. To także na wykonawcy spoczywa obowiązek wykazania, że oferta nie zawiera rażąco niskiej ceny i to wykonawca ma najlepszą wiedzę, w jaki sposób kalkulował ofertę.

Wykonawca będąc więc świadomym charakteru wynagrodzenia, zakresu i rodzaju przedmiotu zamówienia, zastosowanej przez siebie metody kalkulacji ceny, a przede wszystkim znając obowiązujące przepisy ustawy Pzp, a także jako profesjonalista na tym rynku – dysponując wiedzą co do orzecznictwa kształtującego interpretacje wskazanych przepisów ustawy Pzp, powinien dochować należytej staranności przy formułowaniu swoich wyjaśnień, uwzględniając także okoliczność, iż wskazanie kosztów niepopartych dowodami może istotnie wpłynąć na uznanie jego ceny ofertowej za nierynkową.

Zgodnie z art. 537 pkt 1 ustawy Pzp ciężar dowodu, że oferta nie zawiera rażąco niskiej ceny spoczywa na wykonawcy, który ją złożył, jeżeli jest stroną albo uczestnikiem postępowania odwoławczego. W konsekwencji należy przyjąć, że rolą Przystępującego jest udowodnienie przed Izbą, że złożone wyjaśnienia były prawidłowe, a tym samym że decyzja zamawiającego o uznaniu jego oferty za najkorzystniejszą była prawidłowa. Przystępujący nie powinien jednak przedstawiać nowych dowodów na potwierdzenie prawidłowości przedłożonej zamawiającemu kalkulacji, zwłaszcza jeżeli zawierałyby one nieznanne zamawiającemu w dacie rozstrzygnięcia postępowania informacje.

Zatem, przedstawione wraz ze zgłoszonym przystąpieniem dodatkowe argumenty winny zostać załączone do wyjaśnień. Tym bardziej, że biorąc pod uwagę, że wezwanie

kierowane jest do profesjonalnego uczestnika obrotu gospodarczego, wobec które stosowany jest miernik podwyższonej staranności (art. 355 § 2 Kodeksu cywilnego), Przystępujący winien zdawać sobie sprawę, że na potwierdzenie realności poszczególnych cen zobowiązany jest dołączyć dowody. Niewątpliwie działaniem błędnym jest kompletowanie dowodów na etapie postępowania odwoławczego, a nie przesłanie ich w terminie wskazanym w wezwaniu do wyjaśnień. Wszelkie informacje przedstawione przez wykonawcę muszą być znane zamawiającemu na konkretnym etapie postępowania, celem umożliwienia mu podjęcia decyzji co do ewentualnego odrzucenia oferty. Rozprawa przed Krajową Izbą Odwoławczą nie może stanowić kolejnego etapu procedury określonej w art. 224 ustawy Pzp.

Izba oceniając wyjaśnienia w zakresie rażąco niskiej ceny złożone przez Przystępującego oraz wykonawcę R. Z. stwierdza, że składały się one wyłącznie z wyjaśnień oraz kalkulacji, bez wskazania dowodów mających potwierdzać prezentowane stanowisko. Brak załączenia dowodów obciąża wykonawcę, skutkiem czego jest zazwyczaj odrzucenie jego oferty. W niniejszym stanie faktycznym Przystępujący i p. R. Z. już po otwarciu ofert mogli stwierdzić, że ich cena jest niższa o 30% od wartości zamówienia oraz od średniej arytmetycznej cen wszystkich złożonych ofert niepodlegających odrzuceniu, a co za tym idzie przewidzieć, że Zamawiający wystosuje wezwanie w trybie art. 224 ust. 2 ustawy Pzp.

W kontekście powyższych wyjaśnień należy ponownie przypomnieć, iż każdorazowo punktem wyjścia dla oceny wyjaśnień w przedmiocie rażąco niskiej ceny winna być treść samego wezwania. To wezwany wykonawca, wszelkimi niezbędnymi środkami, dostępnymi w danej sprawie i uzasadnionymi w konkretnym stanie faktycznym, powinien wykazać zamawiającemu, że jego oferta nie zawiera ceny rażąco niskiej. Jak zwrócił bowiem uwagę Sąd Okręgowy w Rzeszowie w uzasadnieniu wyroku z dnia 18 kwietnia 2012 r. w sprawie o sygnaturze akt I Ca 117/12: *istnieje domniemanie poprawności kalkulacji ceny zawartej w ofercie wykonawcy, jak i domniemanie co do tego, że nie ma ona charakteru ceny rażąco niskiej. Z chwilą wezwania przez zamawiającego (skarżącego) wykonawcy (...) w trybie art. 90 ust. 1 p.z.p. w dniu 1.12.2011 r. powyższe domniemanie zostało obalone.* Orzeczenie to co prawda wydane zostało na gruncie przepisów poprzednio obowiązujących, niemniej pogląd w nim wyrażony zachowuje swoją aktualność.

W związku z powyższym Zamawiający winien uznać, że oferta Przystępującego i p. R. Z. winna zostać odrzucona. Po stronie wezwanego do wyjaśnień wykonawcy aktualizował się obowiązek wyczerpującego udzielenia odpowiedzi na pytania Zamawiającego. Przepisy ustawy Pzp nakładały więc na wykonawcę konkretne obowiązki, którym nie sprostał. Okoliczność, że wyjaśnienia te były niepełne czyni je nierzetelnymi. W tej sytuacji, istniały

podstawy do odrzucenia oferty wykonawcy przez Zamawiającego, z uwagi na niewykazanie, że przedłożona oferta nie zawiera rażąco niskiej ceny.

Izba nie uwzględniła natomiast zarzutu naruszenia art. 226 ust. 1 pkt 5 ustawy Pzp, wyrażającego się w zaniechaniu odrzucenia oferty Przystępującego oraz wykonawcy R. Z., podczas gdy oferty ww. wykonawców są niezgodne z warunkami zamówienia. W *petitum* odwołania wskazano jedynie, że cena oferty nie zawiera wszystkich elementów, jakie Zamawiający wskazał w opisie przedmiotu zamówienia. Izba uznała, iż zarzut ten został przez Odwołującego wadliwie skonstruowany, bowiem skoro twierdził, że oferta nie była zgodna z warunkami zamówienia, to winien był wskazać konkretne postanowienia zawarte w dokumentach postępowania i zestawić je z ofertą konkurencyjnego wykonawcy. Dopiero w wyniku takiego porównania, można byłoby rozpatrywać, czy rzeczywiście do niezgodności doszło i czy naruszenia niniejsze są istotne. Tymczasem zarzut ten nie został w odwołaniu nie tylko należycie uzasadniony, ale też nie został w zasadzie rozwinięty.

Biorąc pod uwagę powyższe, orzeczono jak w sentencji.

O kosztach postępowania odwoławczego orzeczono stosownie do wyniku na podstawie art. 575 ustawy Pzp oraz w oparciu o przepisy 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). Izba uwzględniła jeden, spośród dwóch zasadniczych zarzutów sformułowanych w treści złożonego odwołania. Z uwagi na powyższe, obciążyła kosztami postępowania odwołującego i zamawiającego w części 1/2. W poczet kosztów postępowania odwoławczego zaliczono uiszczony wpis w kwocie 10 000,00 zł i zasądzono od Zamawiającego na rzecz Odwołującego kwotę 6 800,00 zł, stanowiącą uzasadnione koszty strony, zasądzając połowę wpisu od odwołania i połowę wynagrodzenia pełnomocnika tj. w takiej części, w jakiej zasadne okazały się zarzuty odwołania.

**Przewodniczący:** .....