

Sygn. akt: KIO 745/22

WYROK

z dnia 5 kwietnia 2022 r.

Krajowa Izba Odwoławcza - w składzie:

Przewodniczący: Rafał Malinowski

Protokolant: Aldona Karpińska

po rozpoznaniu na rozprawie dnia 4 kwietnia 2022 r. w Warszawie odwołania wniesionego do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej dnia 15 marca 2022 r. przez odwołującego Joksa Sp. z o. o. z siedzibą w Pszowie, w postępowaniu prowadzonym przez zamawiającego: Spółkę Restrukturyzacji Kopalń S. A. z siedzibą w Bytomiu

przy udziale wykonawcy Tree Capital Sp. z o.o., ul. Łubna 50 C, 05-532 Baniocha zgłaszającego przystąpienie do postępowania odwoławczego po stronie zamawiającego.

orzeka:

1. Oddala odwołanie.
2. Kosztami postępowania odwoławczego obciąża odwołującego i zalicza w poczet kosztów postępowania odwoławczego kwotę 10 000 zł (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 2021 r., poz. 1129) 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

Zamawiający - Spółka Restrukturyzacji Kopalń S. A. z siedzibą w Bytomiu, dalej jako: „Zamawiający”, prowadzi postępowanie w trybie podstawowym, w oparciu o art. 275 pkt 2 ustawy z dnia 11 września 2019 r. Prawo zamówień publicznych (Dz. U. z 2021 r., poz. 1129), dalej jako: „ustawa PZP”, na rozbiórkę obiektów budowlanych Zakładu Mechanicznej Przeróbki Węgla na terenie SRK S.A. Oddział KWK „Makoszowy” w Zabrze.

Ogłoszenie o zamówieniu zostało opublikowane w Biuletynie Zamówień Publicznych z dnia 3 lutego 2021 r. pod numerem 2021/BZP 00005202/01.

W dniu 15 marca 2022 r. do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej wpłynęło odwołanie wykonawcy Joksa Sp. z o. o. z siedzibą w Pszowie, w którym zarzucił on Zamawiającemu naruszenie:

1) art. 239 ust. 1 ustawy PZP, poprzez dokonanie wyboru oferty wykonawcy Tree Capital jako oferty najkorzystniejszej, podczas gdy oferta ww. wykonawcy podlega odrzuceniu;

2) art. 226 ust. 1 pkt 8 ustawy PZP i art. 224 ust. 6 ustawy PZP w zw. z art. 16 pkt 1, 2 i 3 ustawy PZP, poprzez zaniechanie odrzucenia oferty Tree Capital jako zawierającej rażąco niską cenę, podczas gdy treść udzielonych przez ww. wykonawcę wyjaśnień potwierdza, że oferta zawiera rażąco niską cenę z przyczyn wskazanych w uzasadnieniu niniejszego odwołania, w wyniku czego doszło do zaniechania przeprowadzenia postępowania o udzielenie zamówienia w sposób zapewniający zachowanie uczciwej konkurencji i równe traktowanie wykonawców oraz zgodnie z zasadami proporcjonalności i przejrzystości;

3) art. 226 ust. 1 pkt 5 ustawy PZP, poprzez zaniechanie odrzucenia oferty Tree Capital, której treść jest niezgodna z warunkami zamówienia – w zakresie w jakim „Szczegółowa kalkulacja kosztów” (Załącznik nr 5 do Formularza Ofertowego) jest niezgodna z przedmiarem robót.

W związku z postawionymi zarzutami Odwołujący wniósł o nakazanie Zamawiającemu unieważnienia czynności wyboru oferty najkorzystniejszej, dokonania odrzucenia oferty wykonawcy Tree Capital oraz powtórzenia czynności oceny ofert i wyboru oferty najkorzystniejszej.

Argumentując postawione przez siebie zarzuty, Odwołujący wskazywał, że w dniu 25 listopada 2021 r. Zamawiający skierował do Tree Capital wezwanie do złożenia wyjaśnień w zakresie rażąco niskiej ceny. Pismo zawierało wzmiankę o konieczności złożenia wyjaśnień dotyczących sposobu wyliczenia ceny oferty wraz z dowodami, które miały dotyczyć w

szczegółności: kosztów poniesionych w związku z zatrudnieniem pracowników, kosztów związanych z użyciem i pozyskaniem sprzętu, którym wykonawca zamierza realizować zamówienie, kosztów zakupu urządzeń i materiałów oraz kosztów w utylizacji odpadów powstałych podczas prowadzenia robót.

Ponadto, Zamawiający sformułował szereg szczegółowych pytań dotyczących informacji na temat uwzględnienia w cenie oferty szeregu elementów mających wpływ na jej wartość, jak np. pytanie dotyczące zgodności z przepisami w zakresie kosztów pracy, pytanie dotyczące uwzględnienia w ofercie ryzyk związanych z realizacją zamówienia czy też prośba o przedstawienie informacji dotyczących poszczególnych pozycji kosztorysu/kalkulacji, z uwzględnieniem robocizny, kosztów zakupu materiałów oraz kosztów pracy sprzętu.

Zdaniem Odwołującego, w odpowiedzi na ww. wezwanie Zamawiającego, Odwołujący przedstawił kalkulację ceny oferty, w której w zasadzie nie wymienił jakichkolwiek obiektywnych czynników wpływających na możliwość obniżenia ceny. Wystąpienie wykonawcy pełne jest ogólnikowych stwierdzeń oraz zapewnień i oświadczeń niepopartych jakimikolwiek dowodami dotyczącymi kosztów poniesionych w związku z zatrudnieniem pracowników, zgodności z przepisami dotyczącymi kosztów pracy czy też uwzględnienia w ofercie ryzyk związanych z realizacją zamówienia. Ponadto, załączona do wyjaśnień „kalkulacja własna” wprost ujawnia, że wykonawca Tree Capital pominął lub zaniżył szereg istotnych czynników cenotwórczych, co sprawia, że zamówienia obiektywnie nie da się wykonać w zamian za zaoferowaną cenę. Mówiąc wprost, wykonawca zaniżył ilości gruzu i innych odpadów podlegających utylizacji, a także zaniżył koszty pracy sprzętu.

Konkretyzując postawione zarzuty, Odwołujący wskazywał, że wykonawca nie udowodnił, że okoliczności, na które się powołuje mają charakter wyjątkowy, niedostępny innym przedsiębiorcom obecnym na rynku, a co za tym idzie, w jaki sposób wpływają na obniżenie ceny ofertowej. Dodatkowo, wykonawca Tree Capital nie wykazał w żaden sposób, w jaki sposób zamierza poddać utylizacji cały gruz pochodzący z rozbiórki (wykonawca znacznie zaniżył ilość gruzu koniecznego do utylizacji, a co za tym idzie zaniżył koszty transportu i utylizacji z tym związane).

Podnosił również Odwołujący, że okoliczności przywołane w wyjaśnieniach z dnia 30 listopada 2021 r. (związane z ponoszeniem kosztów pracy czy też kosztów utylizacji odpadów) nie zostały przez Tree Capital w żaden sposób udowodnione (co wykonawca z łatwością mógł uczynić, np. przedstawiając listy płac, umowy o pracę czy inne dokumenty świadczące o prawdziwości swoich twierdzeń). Wykonawca Tree Capital nie potwierdził zgodności zaoferowanej ceny z przepisami prawa dotyczącymi kosztów pracy oraz przepisami z zakresu prawa pracy i zabezpieczenia społecznego. W szczególności,

wykonawca Tree Capital nie wykazał zarobków pracowników zatrudnionych w swoim przedsiębiorstwie, mimo że Zamawiający w wezwaniu do złożenia wyjaśnień żądał również przedstawienia dowodów na poparcie wskazanych okoliczności. Zgodnie z orzecznictwem Izby, dowodami takimi mogą być np. zawarte umowy czy dokumenty płacowe (por. wyrok Krajowej Izby Odwoławczej z dnia 14 stycznia 2021 r., sygn. akt KIO 3338/20). Wykonawca Tree Capital nie złożył żadnego dowodu w tym zakresie.

Co więcej, zdaniem Odwołującego tak drastyczna rozbieżność pomiędzy ceną Tree Capital, a wartością zamówienia oraz kwotą przeznaczoną na sfinansowanie zamówienia, dodatkowo wzmacnia postulat aby wyjaśnienia wykonawcy Tree Capital były poparte dowodami.

W ocenie Odwołującego wystarczającym dowodem istnienia rażąco niskiej ceny w ofercie Tree Capital jest „Szczegółowa kalkulacja kosztów” (Załącznik nr 5 do Formularza Ofertowego). Wystarczy porównać treść tej kalkulacji z przedmiarem robót aby dojść do wniosku, że szereg pozycji „Szczegółowej kalkulacji kosztów” został uwzględniony w ofercie w węższym zakresie niż wymagała tego SWZ. Powyższe uzasadnia zatem nie tylko zarzut rażąco niskiej ceny ale również zarzut niezgodności treści oferty z warunkami zamówienia.

W szczególności Odwołujący zwrócił uwagę na pozycje pn. wywiezienie gruzu z terenu rozbiórki wraz z kosztami utylizacji, tj. na pozycje 13.91, 16.117, 17.127, 18.136, 19.145 oraz 21.157, w których zdaniem Odwołującego nie uwzględniono całości gruzu podlegającego utylizacji, a w związku z tym zaniżono koszt wykonania zamówienia.

Zdaniem Odwołującego również w pozycji 22.161 wykonawca nie uwzględnił materiału niezbędnego do zasypania wykopów, a w pozycji 7.44 zaniżył koszty utylizacji papy. Również koszty zakupu paliwa powinny zdaniem Odwołującego zostać oszacowane na wyższym poziomie w związku ze zmianą cen jaka miała miejsce w czasie prowadzenia postępowania o udzielenie zamówienia. Pozostałe wątpliwości Odwołującego dotyczyły również niedoszacowania kosztów zakupu ziemi urodzajnej oraz niedoszacowania kosztów butli gazów technicznych.

Zdaniem Odwołującego, firma Tree Capital zaniżyła koszty wykonania zamówienia w swojej ofercie w sumie o 1 006 145, 56 zł netto, tj. 1 237 559,04 zł brutto, co wyklucza jakikolwiek zysk z realizacji zamówienia.

Podsumowując, Odwołujący podkreślił, że właściwa ocena wyjaśnień złożonych przez wykonawcę Tree Capital powinna skutkować odrzuceniem wskazanej oferty, bowiem wyjaśnienia te są ogólnikowe, niekompletne oraz nie odpowiadają wymaganiom wskazanym przez Zamawiającego. Do tożsamyh wniosków prowadzi analiza treści oferty, która jest niezgodna z warunkami zamówienia.

W dniu rozprawy pisemną odpowiedź na odwołanie przedłożył Zamawiający. Wniósł on o oddalenie odwołania w całości oraz przedstawił stosowną argumentację. Zdaniem Zamawiającego cena wykonawcy Tree Capital jest wiarygodna i nie odbiega istotnie od warunków rynkowych, czego potwierdzeniem jest wynik aukcji elektronicznej, gdzie trzy na cztery oferty są na porównywalnym poziomie. Dodał, że punktem odniesienia dla kwalifikacji ceny jako rażąco niskiej w niniejszym postępowaniu jest szacunkowa wartość zamówienia, która została ustalona na podstawie kosztorysu opracowanego przez firmę zewnętrzną, w ramach którego kosztorysant przyjął w kilkunastu pozycjach ręczne wykonywanie prac, co w znacznym stopniu wydłuża czas oraz koszt rozbiórki, a tym samym wpływa na szacunkową wartość zamówienia. Zdaniem Zamawiającego zmiana technologii prac z ręcznych na mechaniczne przekłada się na możliwość zaoferowania przez firmę Tree Capital ceny na poziomie jak w ofercie. Zamawiający przedstawił także argumentację odnośnie poszczególnych pozycji kwestionowanych w odwołaniu przez Odwołującego.

Pisemne stanowisko zostało także przedłożone przez wykonawcę Tree Capital Sp. z o. o., zgłaszającego przystąpienie do postępowania odwoławczego po stronie Zamawiającego. Podobnie jak Zamawiający wniósł on o oddalenie odwołania oraz odniósł się do twierdzeń i zarzutów przedstawianych przez Odwołującego. Jak wskazywał Przystępujący, Odwołujący zupełnie pomija fakt, iż Przystępujący już uprzednio składał wyjaśnienia w zakresie rażąco niskiej ceny jeszcze przed przeprowadzeniem aukcji elektronicznej. W ramach tych wyjaśnień (z dn. 16.04.2021 r.), Przystępujący złożył również dowody w postaci szczegółowej kalkulacji oraz ofert potwierdzających przyjęte w kalkulacji wartości (ofert na ochronę, zakup kontenerów, zakup kruszywa, humusu, usługę odbioru odpadów) oraz wykazu maszyn i narzędzi.

Wyjaśnienia te, jak wskazywał powyżej Przystępujący, zostały dodatkowo uzupełnione (w dn. 4.05.2021 r.) o szczegółową kalkulację kosztów pracowniczych oraz informacje dotyczące sprzętu. Zamawiający wówczas wyjaśnienia złożone przez Przystępującego uznał za wystarczające. Przystępujący, składając wyjaśnienia w odpowiedzi na wezwanie z dn. 25.11.2021 r., a więc już po przeprowadzeniu aukcji elektronicznej, odwołał się do dowodów i argumentacji przedstawionych w ramach wyjaśnień składanych w kwietniu i maju 2021 r. (oczywiście w takim zakresie, w jakim pozostawały one aktualne w odniesieniu do ceny zaoferowanej w toku aukcji).

Tym samym, oceniając złożone przez Przystępującego wyjaśnienia, Zamawiający badał je kompleksowo, uwzględniając również treść wyjaśnień złożonych jeszcze przed przeprowadzeniem aukcji elektronicznej.

Przystępujący podważył także twierdzenia Odwołującego, jakoby nie wykazał on kosztów pracowniczych. Zdaniem Przystępującego przedłożona kalkulacja zawiera na tyle szczegółowe informacje, że Zamawiający na ich podstawie jest w stanie w prosty sposób ustalić, że Przystępujący uwzględnił przepisy o minimalnym wynagrodzeniu za pracę oraz wszelkie inne niezbędne koszty wynikające z przepisów podatkowych oraz zabezpieczeniu społecznym. Jak podkreślał, przepisy ustawy PZP nie determinują rodzajów dowodów jakie mogą być składane na potwierdzenie skalkulowania ceny oferty, a zatem także dowód w postaci kalkulacji jest dopuszczalny.

Przystępujący odniósł się również szczegółowo w zakresie konkretnych pozycji kwestionowanych przez Odwołującego, wskazując przede wszystkim, że Odwołujący próbuje kwestionować prawidłowość kalkulacji Przystępującego, przyjmując własne założenia, które nie znajdują odzwierciedlenia w rzeczywistych podstawach obliczania kosztów. Zdaniem Przystępującego, Odwołujący nie podważył w żaden sposób prawidłowości wyjaśnień w zakresie rażąco niskiej ceny. Argumentacja przedstawiona przez Odwołującego nie znajduje podstaw, ponieważ Odwołujący niesłusznie wywodzi wymagania, które nie wynikają wprost z ustawy bądź z dokumentacji postępowania. Odwołujący powołuje się także na ceny rynkowe, które mają być wyższe od stawek zastosowanych przez Przystępującego w kalkulacji, jednocześnie nie udowadniając, iż takie rzeczywiście występują na rynku. Przystępujący stanął na stanowisku, że Odwołujący w tym względzie nie podołał ciężarowi dowodowemu, a co za tym idzie, odwołanie powinno zostać oddalone.

Tożsame wnioski poczynił w stosunku do zarzutu dotyczącego niezgodności treści oferty Przystępującego z warunkami zamówienia, wnosząc o oddalenie odwołania i odnosząc się do konkretnych pozycji kwestionowanych przez Odwołującego.

Po przeprowadzeniu rozprawy z udziałem Stron i uczestników postępowania, na podstawie zgromadzonego w sprawie materiału dowodowego, Krajowa Izba Odwoławcza ustaliła i zważyła, co następuje:

Izba stwierdziła, iż nie została wypełniona żadna z przesłanek skutkujących odrzuceniem odwołania na podstawie art. 528 ustawy PZP. Ponadto Izba ustaliła, że Odwołujący posiada interes we wniesieniu odwołania wynikający z art. 505 ustawy PZP.

Izba postanowiła dopuścić do udziału w postępowaniu wykonawcę Tree Capital Sp. z o.o. zgłaszającego przystąpienie do postępowania odwoławczego po stronie Zamawiającego. Przystąpienie wpłynęło w terminie określonym w art. 525 ust. 1 ustawy PZP, a wykonawca je zgłaszający wskazał, że ma interes w tym, aby odwołanie zostało rozstrzygnięte na korzyść strony do której przystąpił.

Izba dokonała ustaleń faktycznych w oparciu o zgromadzony w sprawie materiał dowodowy, tj. przede wszystkim w oparciu o dokumentację przedmiotowego postępowania, w szczególności treść wezwań dotyczących rażąco niskiej ceny oraz odpowiedzi na te wezwania, których ocena była kluczowa dla rozstrzygnięcia odwołania.

Izba postanowiła pominąć przedłożone przez Odwołującego w trakcie rozprawy dowody, tj. ofertę na dostawę oleju napędowego, ofertę na kruszenie betonu oraz ofertę zawierającą cenę 1m³ humusu. Zdaniem Izby przedłożone dowody są nieprzydatne do rozstrzygnięcia niniejszej sprawy, z uwagi na to, że przedstawiają one ceny poszczególnych surowców na dzień ich złożenia, tj. na marzec/kwiecień 2022 r. Z kolei cena oferty Przystępującego została skalkulowana na dzień 10 marca 2021 r., kiedy to upływał termin składania ofert, a następnie obniżona w wyniku przeprowadzenia negocjacji (sierpień 2021 r.) oraz aukcji elektronicznej (listopad 2021 r.). Obowiązek dowodzenia realności zaproponowanej ceny jaki spoczywa na wykonawcy wezwanym do złożenia wyjaśnień, dotyczy etapu na jakim składane są stosowne wyjaśnienia. W momencie składania wyjaśnień wykonawca musi udowodnić, że cena przez niego zaoferowana jest ceną realną. Przy czym wyjaśnienia ceny dotyczą realności jej skalkulowania na moment, w którym wykonawca zaproponował wykonanie przedmiotu zamówienia za określoną cenę. Przenosząc powyższe na kanwę rozpatrywanego stanu faktycznego należy stwierdzić, że Przystępujący odpowiadając na wezwanie z dnia 25 listopada 2021 r., udowadniał Zamawiającemu realność zaproponowanej przez niego ceny obniżonej w wyniku aukcji elektronicznej, która miała miejsce 24 listopada 2021 r.

W związku z powyższym, próbując wykazać wadliwość czynności Zamawiającego polegającej na ocenie złożonych wyjaśnień bądź też rażąco niski charakter zaoferowanej przez Przystępującego ceny, Odwołujący powinien kwestionować to, że w momencie składania wyjaśnień przez Przystępującego, cena przez niego oferowana nie była realna. Innymi słowy, Odwołujący powinien przedstawiać dowody świadczące o tym, że ceny zaoferowane przez Przystępującego nie były realne w listopadzie 2021 r. Bez znaczenia dla rozstrzygnięcia sprawy jest przedstawianie dowodów ukazujących ceny na marzec/kwiecień 2022 r., gdyż faktem notoryjnym jest, że uległy one od tego czasu zmianie.

Nie bez znaczenia pozostaje fakt, że Przystępujący w wyniku negocjacji, a następnie aukcji elektronicznej, obniżał jedynie wysokość zysku oraz kosztów pośrednich, co wpływało na kolejne obniżki jego ceny. Nie licząc zatem tych dwóch składowych ceny, kalkulacja przez niego dokonana oraz dowody na jej poparcie aktualne były na dzień 10 marca 2021 r. i na ten dzień, pod względem ich realności, powinny być oceniane przez Zamawiającego bądź kwestionowane przez Odwołującego.

Izba ustaliła następujący stan faktyczny sprawy:

Zamawiający prowadzi postępowanie w trybie podstawowym na rozbiórkę obiektów budowlanych Zakładu Mechanicznej Przeróbki Węgla na terenie SRK S.A. Oddział KWK „Makoszowy” w Zabrze.

Termin składania ofert upływał w dniu 10 marca 2021 r. godz. 8⁰⁰. Zamawiający przed otwarciem ofert podał kwotę jaką zamierza przeznaczyć na sfinansowanie zamówienia, tj. 5 649 702,00 zł brutto. Z informacji z otwarcia ofert wynika, że w postępowaniu złożono 19 ofert, w tym oferty Odwołującego i Przystępującego.

Przystępujący zaoferował cenę na poziomie 3 737 527,97 zł brutto, wskazując na koszty pośrednie w wysokości 5% oraz zysk na poziomie 45%.

Pismem z dnia 19 sierpnia 2021 r. Zamawiający zaprosił do negocjacji pięciu wykonawców, którzy w kryterium ceny uzyskali najwyższe pozycje w rankingu ofert, w tym Odwołującego i Przystępującego. Następnie pismem z dnia 24 września 2021 r. Zamawiający poinformował wykonawców o zakończeniu negocjacji oraz zaprosił ich do złożenia ofert dodatkowych.

Zgodnie z ofertą dodatkową Przystępującego, cena jego oferty obniżyła się do 3 488 359,44 zł poprzez zmniejszenie zysku do 35%.

W wyniku aukcji elektronicznej przeprowadzonej w dniu 24 listopada 2021 r., w której udział wzięło 4 wykonawców, ukształtował się ranking ofert, w którym Przystępujący obniżył cenę swojej oferty do kwoty 2 977 563, 95 zł brutto (plasując się na 3 miejscu w rankingu). Obniżenie ceny było skutkiem obniżenia kosztów pośrednich do poziomu 2% oraz zysku do poziomu 17,5%. Z kolei Odwołujący obniżył cenę oferty do kwoty 5 202 907,82 zł (oferta zajęła 4 miejsce w rankingu ofert).

Zamawiający kilkakrotnie kierował do wykonawców biorących udział w postępowaniu wezwania dotyczące wyjaśnień ceny. W stosunku do Przystępującego takie wezwanie miało miejsce czterokrotnie, tj. w dniu 7 kwietnia 2021 r. (odpowiedź z dnia 16 kwietnia), w dniu 27 kwietnia 2021 r. (odpowiedź z dnia 4 maja), w dniu 25 listopada 2021 r. (odpowiedź z dnia 30 listopada) oraz w dniu 17 grudnia 2021 r. (odpowiedź z dnia 20 grudnia 2021 r.).

Zgodnie z treścią wezwania z dnia 25 listopada 2021 r.: *„(...) Działając na podstawie art. 224 ust. 1 i 2 ustawy z dnia 11 września 2019 r. – Prawo zamówień publicznych (Dz.U. z 2019 r. poz. 2019 ze zm.; zwana dalej: PZP), Zamawiający zwraca się o udzielenie wyjaśnień, w tym złożenie dowodów, w zakresie wyliczenia ceny oferty. Zamawiający zwraca się o udzielenie*

wyjaśnień w celu ustalenia, czy zaoferowana cena nie jest rażąco niska w stosunku do przedmiotu zamówienia.

Cena Państwa oferty uzyskana w wyniku aukcji, wydaje się rażąco niska w stosunku do przedmiotu zamówienia i budzi wątpliwości Zamawiającego co do możliwości wykonania przedmiotu zamówienia zgodnie z wymaganiami określonymi przez Zamawiającego lub wynikającymi z odrębnych przepisów. Ponadto cena oferty jest niższa o ponad 30% od wartości zamówienia powiększonej o należny podatek od towarów i usług. Cena Państwa oferty po aukcji wynosi: 2 977 563,95 zł brutto. Wartość zamówienia powiększona o należny podatek od towarów i usług, ustalona przed wszczęciem postępowania wynosi: 5 649 701,92 zł.

Jak wynika z powyższego, cena Państwa oferty jest niższa o 30 % od wartości zamówienia powiększonej o należny podatek od towarów i usług. W związku z powyższym prosimy o wyjaśnienie, czy Państwa oferta uwzględnia wszystkie wymagania zawarte w SWZ, w tym w warunkach umowy/OPZ a zaoferowana cena obejmuje całkowity koszt wykonania przedmiotu zamówienia, w tym również wszelkie koszty towarzyszące jej wykonaniu.

Zamawiający wzywa Wykonawcę do złożenia szczegółowych i popartych dowodami wyjaśnień dotyczących treści złożonej oferty. Dowody winny dotyczyć przede wszystkim: kosztów poniesionych w związku z zatrudnieniem pracowników, kosztów związanych z użyciem i pozyskaniem sprzętu, którym Wykonawca zamierza realizować zamówienie, kosztów zakupu urządzeń i materiałów, kosztów utylizacji odpadów powstałych podczas prowadzenia robót.

Prosimy o informację na temat uwzględnienia elementów mających wpływ na wartość ww. pozycji, w kwestiach wskazanych poniżej:

1. Czy i w jaki sposób Wykonawca uwzględnił w kosztach:

a) sposób zarządzania procesem produkcji, świadczonych usług lub metody prowadzenia robót budowlanych, wybranych rozwiązań technicznych, wyjątkowo korzystnych warunków dostaw, usług albo związanych z realizacją robót budowlanych

b) 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;

c) oryginalności dostaw, usług lub robót budowlanych oferowanych przez wykonawcę

d) zgodności z prawem w rozumieniu przepisów o postępowaniu w sprawach dotyczących pomocy publicznej;

e) zgodności z przepisami z zakresu prawa pracy i zabezpieczenia społecznego, obowiązującymi w miejscu, w którym realizowane jest zamówienie;

f) wypełniania obowiązków związanych z powierzeniem wykonania części zamówienia podwykonawcy.

2. Czy Wykonawca uwzględnił koszty procedur działania organów administracji/ niezbędne uzgodnienia/opinie /pozwolenia, decyzje i koszty takich uzgodnień?

3. Prosimy o przedłożenie informacji dotyczących poszczególnych pozycji kosztorysu/kalkulacji, z uwzględnieniem: robocizny, kosztów zakupu materiałów oraz kosztów pracy sprzętu.

4. Czy i w jaki sposób Wykonawca uwzględnił w ofercie ryzyka związane z realizacją zamówienia?

Prosimy o wyczerpującą i szczegółową informację w odniesieniu do przedstawionych powyżej pytań. Powyższe wyjaśnienia powinny być przedłożone w sposób wyczerpujący w celu kompleksowej oceny przez Zamawiającego złożonej przez Wykonawcę oferty (...)

Odpowiadając na wezwanie Zamawiającego, Przystępujący udzielił odpowiedzi, która odnosiła się do pytań oznaczonych numerami od 1 do 4, załączając jednocześnie szereg dowodów, tj.: wykaz maszyn oraz wykaz sprzętów przeznaczonych do realizacji prac (załącznik nr 1), umowę zlecenia na odbiór kruszywa betonowego stanowiącego pozostałość po produkcji atestowanego betonu (załącznik nr 2), ofertę na sprzedaż kruszywa (załącznik nr 3), ofertę na odbiór odpadów (w tym kruszywa i papy – załącznik nr 4), fakturę potwierdzającą zakup kontenera biurowego (załącznik nr 5), ofertę na ochronę (załącznik nr 6), dowód zakupu auta Scania/ELBO (załącznik nr 7), faktury VAT potwierdzające zakup sprzętu, tj. koparko – ładowarki, koparki gąsienicowej, koparki CAT, spychacza gąsienicowego, ładowarki kołowej (załącznik nr 8), wykaz narzędzi będących w posiadaniu wykonawcy (załącznik nr 9), BDO (załącznik nr 10), ofertę na zagospodarowanie odpadów (załącznik nr 11), potwierdzenie posiadania uciągu (załącznik nr 12), potwierdzenie zakupu

ogrodzenia (załącznik nr 13), dowody rejestracyjne pojazdów Scania (załącznik nr 14-16), fakturę VAT sprzedaży samochodu Scania/ELBO (załącznik nr 17), zestawienie kosztów pracowniczych (załącznik nr 18), kartę katalogową pojazdu CAT (załącznik nr 19), certyfikat zgodności przedłużenia ramienia (załącznik nr 20), szczegółową kalkulację kosztów (załącznik nr 21), ofertę przygotowania terenu (załącznik nr 22), ofertę na usuwanie azbestu (załącznik nr 23) oraz ofertę na inwentaryzację geodezyjną powykonawczą (załącznik nr 24).

Izba zważyła, co następuje.

1. Zarzut dotyczący rażąco niskiej ceny.

W pierwszej kolejności należy wskazać, że treść odwołania wskazuje na to, że Odwołujący kwestionuje jedynie treść wyjaśnień jaka została udzielona przez Przystępującego w odpowiedzi na wezwanie Zamawiającego z dnia 25 listopada 2021 r. Odwołujący nie poddał w wątpliwość również pozostałych wyjaśnień, przedkładanych na wezwania z dnia 7 i 27 kwietnia 2021 r. oraz 17 grudnia 2021 r.

Jak stanowi art. 224 ust. 1 ustawy PZP, jeżeli zaoferowana cena lub koszt, lub ich istotne części składowe, wydają się rażąco niskie w stosunku do przedmiotu zamówienia lub budzą wątpliwości zamawiającego co do możliwości wykonania przedmiotu zamówienia zgodnie z wymaganiami określonymi w dokumentach zamówienia lub wynikającymi z odrębnych przepisów, zamawiający żąda od wykonawcy wyjaśnień, w tym złożenia dowodów w zakresie wyliczenia ceny lub kosztu, lub ich istotnych części składowych.

W sytuacji gdy zaistnieją przesłanki do wezwania wykonawcy do złożenia wyjaśnień na podstawie art. 224 ust. 1 lub 2 ustawy PZP, wykonawca został ustawowo zobowiązany do wykazania, że jego oferta nie zawiera rażąco niskiej ceny. Zwrócenie się przez zamawiającego do wykonawcy o złożenie wyjaśnień w przedmiocie rażąco niskiej ceny oznacza obciążenie wykonawcy ciężarem dowodu w zakresie wykazania, że zaoferowana cena nie jest rażąco niska. Na powyższe wskazuje wprost art. 224 ust. 5 ustawy PZP. Wyjaśnienia wykonawcy co do zasady muszą być konkretne, wyczerpujące, odpowiednio umotywowane, rzeczywiście uzasadniające podaną w ofercie cenę, wykazujące, że możliwe i realne jest wykonanie zamówienia za zaproponowaną cenę. Powyższe wynika z faktu, że to wyłącznie na podstawie złożonych wyjaśnień Zamawiający dokonuje oceny czy oferta zawiera rażąco niską cenę lub koszt, czy też rażąco niskie ich istotne części składowe. Obowiązkiem wykonawcy jest, aby w odpowiedzi na wezwanie wystosowane przez zamawiającego udzielił wyjaśnień dotyczących okoliczności, które wpłynęły na wysokość zaoferowanej ceny w taki sposób, aby na ich podstawie możliwe było jednoznaczne ustalenie, że cena oferty (odpowiednio koszt, istotna część składowa) nie jest ceną rażąco

niską. Efektem składanych wyjaśnień ma być stworzenie podstaw do uznania przez zamawiającego, że podejrzenie dotyczące rażąco niskiej ceny oferty nie było uzasadnione. Podkreślić trzeba, iż nie tylko nieudzielenie wyjaśnień w wyznaczonym terminie skutkować będzie koniecznością odrzucenia oferty, ale także złożenie takich wyjaśnień, które nie uzasadniają podanej w ofercie ceny (tak: wyrok z dnia 20 sierpnia 2021 r., KIO 2249/21).

Należy przy tym pamiętać, że przy wyjaśnieniach rażąco niskiej ceny treść wezwania ma istotne znaczenie dla wymaganych przez zamawiającego wyjaśnień. Ze względu na doniosłe skutki, jakie wywołać może procedura wyjaśniania rażąco niskiej ceny (odrzucenie oferty, następstwem czego jest brak możliwości uzyskania zamówienia i zysku z jego realizacji) wykonawca nie może się domyślać podstaw skierowanego do niego wezwania. Przeciwnie - treść wezwania powinna wykonawcy pozwolić na dobór odpowiedniej argumentacji i dowodów, które łącznie pozwolą przekonać zamawiającego o braku podstaw do odrzucenia oferty z uwagi na rażąco niską cenę (tak: wyrok z dnia 17 marca 2021 r., KIO 520/21).

W związku z powyższym, wyjaśnienia wykonawcy w zakresie ceny winny być na tyle konkretne i szczegółowe, aby na ich podstawie zamawiający był w stanie dowiedzieć się, jakie okoliczności właściwe wzywaniem do wyjaśnień wykonawcy, spowodowały obniżenie ceny jego oferty i w jaki sposób przekładają się one na poziom kosztów, czy jakich oszczędności wykonawca mógł dzięki nim dokonać (tak: wyrok z dnia 16 marca 2021 r., KIO 293/21). Przy czym nie można wyciągać negatywnych konsekwencji wobec wykonawcy, który zaniechał wyjaśnienia składników ceny w określony sposób, w sytuacji gdy treścią wezwania Zamawiającego nie był do tego zobowiązany. Innymi słowy, wyjaśnienia ceny wraz z dowodami muszą skłonić Zamawiającego do przekonania, że generowane oszczędności czy też szczególne warunki wpływające na obniżenie ceny, pozwalają na zrealizowanie zamówienia za cenę wskazaną w ofercie.

Przechodząc od powyższych ogólnych uwag na grunt analizowanej sprawy, w pierwszej kolejności należy zwrócić uwagę, że Przystępujący składał wyjaśnienia ceny kilkakrotnie w trakcie trwania postępowania. Co również istotne, w wyniku negocjacji oraz aukcji elektronicznej obniżał jedynie wysokość zysku oraz kosztów pośrednich, co wpływało na kolejne obniżki jego ceny ofertowej. Należy zatem uznać, że w stosunku do pozostałych składników ceny, aktualne pozostawały przez cały czas trwania postępowania dowody i wyjaśnienia przez niego przedłożone na wcześniejszym etapie, następnie doprecyzowane na skutek kolejnych wezwań Zamawiającego.

Następnie zwrócić należy uwagę na treść wezwania Zamawiającego z dnia 25 listopada 2021 r. Po pierwsze Zamawiający poprosił o wyjaśnienie czy zaoferowana cena obejmuje

całkowity koszt wykonania przedmiotu zamówienia, w tym również wszelkie koszty towarzyszące jej wykonaniu. Drugim żądaniem Zamawiającego było przedstawienie dowodów, które w szczególności powinny dotyczyć: kosztów pracy, kosztów związanych z użyciem i pozyskaniem sprzętu, kosztów zakupu urządzeń i materiałów oraz kosztów utylizacji odpadów. Kolejne pytanie powieliło treść art. 224 ust. 3 ustawy PZP, a następne dotyczyły uwzględnienia kosztów administracyjnych, przedłożenia informacji dotyczących poszczególnych pozycji kosztorysu z uwzględnieniem robocizny, kosztów zakupu materiałów oraz kosztów pracy sprzętu, a także uwzględnienia w ofercie ryzyk związanych z realizacją zamówienia.

Zdaniem Izby Przystępujący Tree Capital sprostował obowiązkom postawionym przez Zamawiającego w treści wezwania z dnia 25 listopada 2021 r. przedstawiając stosowne wyjaśnienia ceny oraz popierając je licznymi dowodami.

Nie można przede wszystkim zgodzić się ze stanowiskiem Odwołującego, że wyjaśnienia wykonawcy nie zostały poparte jakimikolwiek dowodami. Wręcz przeciwnie – wykonawca Tree Capital przedstawił szereg dowodów dla poparcia swojej kalkulacji. Przede wszystkim zaś przedstawił on dowody żądane przez Zamawiającego, tj. dowody dotyczące kosztów poniesionych w związku z zatrudnieniem pracowników (załącznik nr 18), dowody potwierdzające posiadanie przez wykonawcę sprzętu przeznaczonego do zrealizowania zamówienia (dowody rejestracyjne pojazdów), dowody potwierdzające posiadanie przez wykonawcę urządzeń i materiałów (np. załącznik nr 9) oraz dowody potwierdzające, że nie będzie ponosił on wszystkich kosztów związanych z utylizacją odpadów (oferta na odbiór odpadów – załącznik nr 2). Wykazane zostały zatem szczególne okoliczności, które wpływają na możliwość obniżenia ceny. Nie ulega bowiem wątpliwości, że okoliczność posiadania własnej floty pojazdów, zaplecza narzędziowego czy też zredukowania kosztów związanych z utylizacją odpadów należy uznać za takie właśnie okoliczności.

W zakresie wykazania kosztów pracy, rację ma Odwołujący, że przykładowymi dowodami potwierdzającymi powyższe mogą być listy płac, umowy o pracę itd. Nie oznacza to jednak, że inne dowody nie są dopuszczalne. Zestawienie kosztów w formie tabelarycznej również uznać należy za dowód. Odwołujący nie kwestionował poszczególnych stawek przyjętych przez wykonawcę Tree Capital dla ww. zestawienia, a jedynie samą formę dowodu, nie wskazując jednak konkretnych powodów, dla których dowód ten należałoby uznać za wadliwy.

Izba podziela w tym zakresie argumentację Przystępującego, że na podstawie danych przedstawionych w zestawieniu można dojść do wniosku, że uwzględnione zostały przepisy

o minimalnym wynagrodzeniu za pracę oraz pozostałe koszty wynikające z przepisów podatkowych oraz dot. zabezpieczenia społecznego. Rację ma również Przystępujący, że przepis art. 224 ust. 5 ustawy PZP nie determinuje rodzajów dopuszczalnych dowodów składanych na potwierdzenie kalkulowanych kosztów, w tym kosztów pracowniczych. Postulowane przez Odwołującego rodzaje środków dowodowych mają charakter przykładowy, ale nie uniwersalny – możliwe jest korzystanie także z innych dowodów.

Przystępujący odpowiedział również na pozostałe pytania Zamawiającego z punktu 2 – 4 wezwania z dnia 25 listopada. Przy czym należy mieć na względzie bardzo ogólne brzmienie postawionych pytań. Jak wspomniane było wcześniej, przy analizowaniu odpowiedzi nie można pomijać charakteru i szczegółowości skierowanego wezwania. Zamawiający nie wymagał jakichś szczegółowych wyjaśnień, a jedynie potwierdzenia, że pewne okoliczności, na które zwraca uwagę, zostały ujęte w ofercie Przystępującego – co uczynił on w swojej odpowiedzi. Przedłożył Przystępujący szczegółową kalkulację z podziałem na robociznę, koszty zakupu materiałów oraz kosztów pracy sprzętu – zgodnie z żądaniem Zamawiającego. Wskazał również, że ryzyka związane z realizacją zamówienia (Zamawiający nie sprecyzował jakie ryzyka ma na myśli) uwzględnił w cenie poprzez zabezpieczenie odpowiedniej kwoty na wypadek wystąpienia nieprzewidzianych zdarzeń. Potwierdził także uwzględnienie w cenie oferty kosztów procedur działania organów administracji jak np. konieczność przeszkolenia pracowników i wyrobienia przepustek przed wejściem na teren kopalni.

Trudno oczekiwać od składającego wyjaśnienia w zakresie rażąco niskiej ceny, że będzie on samodzielnie kreował okoliczności, które miałyby następnie poprzeć dowodami, jeżeli odpowiednie wezwanie w tym zakresie nie wypłynęło od Zamawiającego. Jeżeli Zamawiający nie sprecyzował, co należy wyjaśnić i poprzeć dowodami, to nie można od wykonawcy oczekiwać działania wykraczającego poza zakres wezwania. Na zamawiającym ciąży obowiązek ukierunkowania wykonawcy, jakie konkretne okoliczności winien wyjaśnić. Co za tym idzie, braku w wyjaśnieniu danego elementu - o ile zamawiający o niego wprost nie zapytał - nie można odczytywać na niekorzyść wykonawcy. W ocenie Izby Zamawiający w sposób szczegółowy i wyraźny wskazał, w jakim zakresie powziął wątpliwość co do realności i wiarygodności zaoferowanej przez Przystępującego ceny, jedynie w pytaniach doprecyzowujących, zwracając się m. in. o wyjaśnienia w zakresie liczby roboczodniówek oraz kosztów pracy (wezwanie z dnia 7 i 27 kwietnia 2021 r.) czy też w zakresie kosztów pośrednich (wezwanie z dnia 17 grudnia 2021 r.). Pozostałe pytania Zamawiającego miały charakter ogólny i nie kwestionowały poszczególnych elementów składowych ceny.

W takiej sytuacji, gdy wezwanie zamawiającego nie odnosi się do konkretnych elementów oferty wykonawcy i jest w swej treści ogólnym zapytaniem, nieuprawnionym będzie stawianie wykonawcy zarzutu, że wyjaśnienia w zakresie rażąco niskiej ceny są ogólnikowe lub że wykonawca nie sprostął ciężarowi dowodowemu wynikającemu z art. 224 ust. 5 PZP. Przy czym w rozpatrywanym stanie faktycznym wykonawca swoje wyjaśnienia, które poziomem szczegółowości odpowiadały wezwaniom Zamawiającego, poparł licznymi dowodami, co wzmacnia charakter przedłożonych przez niego uzasadnień ceny. Zawarte w art. 224 ust. 1 ustawy Prawo zamówień publicznych sformułowanie „żąda od wykonawcy wyjaśnień, w tym złożenie dowodów” wskazuje, iż dowody traktowane są jako element wyjaśnień wykonawcy. Tym samym, w ocenie Izby, wyjaśnienia przedstawiane przez danego wykonawcę powinny być oceniane całościowo, biorąc pod uwagę zawartość pisma przewodniego jak też treść płynącą z przedłożonych dowodów.

Przystępujący odpowiadając na kolejne wezwania Zamawiającego, począwszy od kwietnia 2021 r., konsekwentnie wyjaśniał kwestie, na które uwagę zwracał Zamawiający. Wyjaśnienia przez niego składane zostały również poparte licznymi dowodami. Zdaniem Izby przedstawione przez niego wyjaśnienia, kalkulacja oraz pozostałe dowody uzasadniały przyjęcie przez Zamawiającego przekonania, że cena przez niego zaproponowana nie jest ceną rażąco niską. Wyjaśnienia Przystępującego odpowiadały przede wszystkim na kwestie podnoszone przez Zamawiającego w kolejnych wezwaniach, spełniając jednocześnie obowiązek wykazania pewnych okoliczności przez załączanie dowodów.

Odwołujący w swojej argumentacji zdaje się pomijać zupełnie dowody przedstawione przez Przystępującego poza kwestionowanym przez siebie zakresem, skupiając się jedynie na treści pisma przewodniego i dowodach, które jego zdaniem są nieodpowiednie do wykazania realności ceny zaproponowanej przez Przystępującego. Przy czym pod uwagę należy brać całość przedstawionych dowodów, jak też treść wyjaśnień udzielanych przez Przystępującego na wcześniejszych etapach postępowania, których Odwołujący w żaden sposób nie kwestionuje.

Nie zasługują na uwzględnienie także twierdzenia, jakoby argument o rażąco niskiej cenie oferty wzmacniała duża rozbieżność między ceną szacunkową zamówienia a ceną oferty Przystępującego. Izba przychyliła się do argumentacji Zamawiającego, popartej treścią dokumentacji postępowania, że pierwotnie opracowany kosztorys zawierał liczne pozycje, które uwzględniały ręczne wykonywanie prac, co wpływało także na wysokość szacunkowej wartości zamówienia. Następnie na skutek uwag zgłaszanych przez wykonawców kwestia ta została doprecyzowana, co jednak nie zmienia faktu, że szacunkowa wartość zamówienia mogła odbiegać od realnej jego wartości.

Podsumowując, zdaniem Izby zarzut powyższy nie zasługiwał na uwzględnienie. Treść wyjaśnień Przystępującego wraz z przedłożonymi dowodami, uwzględniając ogólny charakter wezwania Zamawiającego z dnia 25 listopada 2021 r., który nie kwestionował konkretnych składowych ceny, pozwalała na przyjęcie zapatrywania, że zaoferowana cena nie jest ceną rażąco niską. Fakt przeciwny nie został w każdym razie wykazany przez Odwołującego.

2. Zarzut dotyczący niezgodności z warunkami zamówienia jak i rażąco niskiej ceny w związku z zaniżeniem poszczególnych kosztów wykonania zamówienia.

a) wywóz i utylizacja gruzu

Wskazać należy, że obliczenia dokonane przez Odwołującego w treści odwołania opierały się na pewnych założeniach przez niego poczynionych. Założenia te dotyczyły przede wszystkim przyjęcia przelicznika ilości gruzu na m³ oraz maksymalnej ładowności pojazdów służących do transportu odpadów. Odwołujący zupełnie przy czynionych obliczeniach pomija przedłożone jako załączniki do wyjaśnień ceny - oferty na zakup kruszywa, humusu oraz utylizację odpadów, które świadczą o nieponoszeniu przez Przystępującego części kosztów związanych z kwestionowanymi przez Odwołującego pozycjami.

Zamawiający jak i Przystępujący zakwestionowali zastosowane przez Odwołującego założenia wskazując na własne, odmienne od tych przez niego poczynionych.

Niezależnie od powyższego, Izba poczyniła własne ustalenia opierając się na dokumentacji postępowania. Zgodnie z zaktualizowanym przedmiarem robót, stanowiącym załącznik nr 1 do wyjaśnień treści SWZ z dnia 01.03.2021 r., wszystkie pozycje obejmujące wywiezienie gruzu z terenu rozbiórki wraz z kosztami utylizacji obejmowały ok. 6412 m³ gruzu. Zgodnie z ofertą wykonawcy Tree Capital, jeden kurs oszacował on na poziomie 1400 zł. Stosując przelicznik 1,5 tony na m³ gruzu postulowany przez Zamawiającego można obliczyć, że zgodnie z przedmiarem wywiezieniu oraz utylizacji podlegał gruz o wadze ok. 9618 ton, co daje ok. 310 kursów, przy przyjęciu możliwości przewiezienia w ramach jednego kursu 31 ton. 310 kursów jest równoznaczne z kwotą 434 tys. złotych natomiast wykonawca Tree Capital oszacował koszt związany z wywiezieniem i utylizacją gruzu na poziomie 317 tys. złotych. Co jednak istotne i na co zwracał uwagę w trakcie rozprawy Zamawiający, wykonawca ten w załączonych do wyjaśnień RNC dowodach wykazał, że nie musi ponosić wszystkich kosztów związanych z utylizacją gruzu, z uwagi na to, że sprzedaje on gruz i nie musi przekruszać go na miejscu, co daje wymierne oszczędności. Odwołujący nie negocjował obliczeń dokonanych przez Zamawiającego. Natomiast w obliczeniach dokonanych w odwołaniu uwzględnił swoje założenia co do przelicznika tony na m³ gruzu oraz

maksymalnego ładunku w ramach jednego kursu, które są odmienne od założeń Przystępującego i Zamawiającego, pomijając także zupełnie fakt sprzedawania przez Przystępującego gruzu i nie ponoszenia wszystkich kosztów związanych z jego utylizacją.

W związku z powyższym, zdaniem Izby, w zakresie pozycji dotyczących wywiezienia i utylizacji gruzu Przystępujący w szczegółowej kalkulacji kosztów bez wątplenia zaoferował wywiezienie i utylizację całości gruzu, zgodnie z przedmiarem. Natomiast w zakresie zaoferowanej ceny za ww. pozycje, wyliczenia dokonane wyżej w połączeniu z dowodami w ramach wyjaśnień ceny, zdaniem Izby mogły wywołać u Zamawiającego uzasadnione przekonanie, że zaoferowana cena nie jest ceną rażąco niską. Świadczy o tym fakt oszacowania kosztów związanych z wywiezieniem i utylizacją gruzu na poziomie ok. 73% realnego kosztu, w sytuacji przedłożenia dowodów świadczących o tym, że koszty w pełnej wysokości nie będą musiały być ponoszone z uwagi na sprzedawanie gruzu i brak obowiązku jego przekruszenia, a także utylizacji. Powyższe wzmacnia dodatkowo fakt dużo niższego oszacowania kosztów związanych z wywozem i utylizacją gruzu przez zamawiającego, tj. na poziomie ok. 82 tys. złotych.

W tym zakresie Izba podziela wnioski zawarte w wyroku z dnia 9 listopada 2021 r. sygn. KIO 3012/21, że zarzut nie mógł zostać uwzględniony, gdyż wnioski wywiedzione przez Odwołującego zasadniczo miały oparcie wyłącznie w założeniach własnych wykonawcy prezentowanych w oderwaniu od treści wyjaśnień i dowodów złożonych Zamawiającemu.

Również w zakresie pozostałych pozycji kwestionowanych przez Odwołującego, zdaniem Izby, nie zostało bezspornie wykazane, że wykonawca Tree Capital zaniżył lub pominął poszczególne koszty wykonania zamówienia. Zupełnie niezrozumiała jest dla Izby argumentacja dotycząca pozycji 22.161, w której Odwołujący wiąże ww. pozycję z pozycją 22.163. Izba przychyliła się w tym zakresie do argumentacji podnoszonej przez Przystępującego, że w ramach tej pozycji wymagana była wyłącznie wycena przemieszczenia mas ziemnych spycharkami. Wykonawca nie był zobowiązany do dostarczenia zasypki, która miała być przemieszczona spycharką, a jedynie przemieścić masę znajdującą się już na terenie rozbiórki. Odwołujący nie wykazał prawidłowości swoich założeń w tym zakresie. W zakresie zakupu kruszywa w wysokości odpowiadającej wskazanej w pozycji 22.163 Przystępujący wycenił ją w ostatniej pozycji o numerze 24 – roboty dodatkowe (nieujęte powyżej).

W zakresie pozostałych kwestionowanych pozycji, tj. m. in. pozycji 7.44, Izba przychyliła się do argumentacji Przystępującego, że twierdzenia Odwołującego w zakresie rzekomej ceny

utylicacji papy nie zostały w żaden sposób potwierdzone i poparte dowodami, co uzasadnia wniosek o braku wykazania powyższego twierdzenia.

Z kolei w zakresie zaniżenia kosztów zakupu paliwa do maszyn, ziemi urodzajnej oraz butli gazów technicznych, co zostało podkreślone przez Izbę we wcześniejszej części uzasadnienia, na co wskazywał również Przystępujący, nie można wobec wykonawcy wywodzić zarzutu rażącego zaniżenia cen z tego względu, że nie uwzględnił on cen nieobowiązujących na moment składania ofert. Należy mieć na uwadze, że od wszczęcia postępowania do momentu, w którym złożone zostało niniejsze odwołanie minęło ponad 12 miesięcy, co uzasadnia przekonanie, że ceny mogły ulec zmianie. Nie stanowi to jednak podstawy do zarzucania oferentowi złożenia oferty zawierającej rażąco niską cenę. Dodatkowo, Odwołujący nie kwestionował rynkowego poziomu cen zaproponowanych przez Przystępującego na moment kalkulacji jego oferty, wskazując jedynie, że obecnie ceny te kształtują się na innym poziomie, co nijak jednak ma się do wykazania zarzutu, że ceny zaoferowane przez Przystępującego na moment ich skalkulowania były rażąco niskie.

Izba zwraca uwagę, że przy wyjaśnianiu ceny rażąco niskiej obowiązuje odwrócony ciężar dowodu (art. 224 ust. 5 ustawy PZP). Odwrócony w ramach oceny zaoferowanej ceny ciężar dowodu nie zwalnia jednak strony kwestionującej realność ceny konkurenta i jego wyjaśnienia ceny od obowiązku wykazania i udowodnienia okoliczności, które czyni podstawą swoich zarzutów. Odwołujący zaproponował jedynie wyliczenia oparte na swoich założeniach, które były odmienne od założeń Przystępującego oraz ogólne twierdzenia, natomiast powinien przedstawić materiał dowodowy, z którego będzie niezbicie wynikać, że oferta zawierała rażąco niską cenę, a zamawiający błędnie ją ocenił (tak: wyrok SO w Warszawie z dnia 5 listopada 2018 r., XXIII Ga 423/18).

Zdaniem Izby Odwołujący nie sprostął wymogowi wykazania zasadności postawionego zarzutu, a zatem podlegał on oddaleniu.

W związku z powyższą argumentacją orzeczono jak w sentencji.

O kosztach postępowania odwoławczego orzeczono stosownie do wyniku sprawy na podstawie art. 557 w zw. z art. 575 ustawy PZP oraz w oparciu o § 2 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).

Przewodniczący: