

WYROK
z dnia 22 grudnia 2022 r.

Krajowa Izba Odwoławcza - w składzie:

Przewodniczący: Marek Bienias

Protokolant: Adam Skowroński

po rozpoznaniu na rozprawie w dniu 20 grudnia 2022 r. w Warszawie odwołania wniesionego do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej w dniu 5 grudnia 2022 r. przez wykonawcę **Hammer Wyburzenia M.K. prowadzący działalność gospodarczą w Lgiń** w postępowaniu prowadzonym przez **Krajowy Ośrodek Wsparcia Rolnictwa Oddział Terenowy w Olsztynie**,

orzeka:

1. Uwzględnić odwołanie i nakazuje Zamawiającemu:
 - a) unieważnienie czynności wyboru oferty najkorzystniejszej w zakresie części 1 i 2,
 - b) odrzucenie oferty Mon-Bud spółka z ograniczoną odpowiedzialnością w zakresie części 1 i 2,
 - c) powtórzenie czynności badania i oceny ofert w zakresie części 1 i 2.
2. Kosztami postępowania obciąża Zamawiającego i:
 - 2.1. Zalicza w poczet kosztów postępowania odwoławczego kwotę 10 000 zł 00 gr (słownie: dziesięć tysięcy pięćset złotych zero groszy) uiszczoną przez Odwołującego tytułem wpisu od odwołania.
 - 2.2. Zasądza od Zamawiającego na rzecz Odwołującego kwotę 13 929 zł 65 gr (słownie: trzynaście tysięcy dziewięćset dwadzieścia dziewięć złotych sześćdziesiąt pięć groszy) stanowiącą wpis od odwołania, koszty postępowania odwoławczego poniesione z tytułu wynagrodzenia pełnomocnika oraz koszty związane z dojazdem i inne uzasadnione wydatki.

Stosownie do art. 579 ust. 1 i 580 ust. 1 i 2 ustawy z dnia 11 września 2019 r. – Prawo zamówień publicznych (t.j. 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 – Krajowy Ośrodek Wsparcia Rolnictwa Oddział Terenowy w Olsztynie – prowadzi postępowanie o udzielenie zamówienia publicznego w trybie podstawowym pod nazwą „Rozbiórka obiektów budowlanych położonych na terenie gminy Ełk, Kruklanki i Rybno” (numer referencyjny: OLS.WOP.260.48.2022.SB) – w zakresie części 1 i 2. Ogłoszenie o zamówieniu zamieszczono w Biuletynie Zamówień Publicznych w dniu 27 października 2022 r. pod numerem 2022/BZP 00413521/01.

W dniu 5 grudnia 2022 r. wykonawca Hammer Wyburzenia M.K. prowadzący działalność gospodarczą w Lgiń wniósł odwołanie wobec niezgodną z przepisami ustawy czynność Zamawiającego, podjętą w postępowaniu o udzielenie zamówienia oraz na zaniechanie czynności w postępowaniu o udzielenie zamówienia, do której Zamawiający był obowiązany na podstawie ustawy, tj. zaniechanie czynności odrzucenia oferty wykonawcy Mon-Bud spółka z ograniczoną odpowiedzialnością z siedzibą w Elblągu, podczas gdy oferta tego Wykonawcy zawiera rażąco niską cenę lub koszt w stosunku do przedmiotu zamówienia – w zakresie części 1 i 2, zarzucając naruszenie:

- art. 226 ust. 1 pkt 8 w związku z art. 224 ust. 6 ustawy Pzp poprzez zaniechanie odrzucenia oferty wykonawcy Mon-Bud w zakresie części 1 i 2, podczas gdy oferta tego wykonawcy zawiera rażąco niską cenę lub koszt w stosunku do przedmiotu zamówienia, a wykonawca złożył wyjaśnienia, które nie wykazały, że oferta nie zawiera rażąco niskiej ceny lub kosztu.

Opierając się na przedstawionych zarzutach wykonawca wnosił o uwzględnienie odwołania i nakazanie Zamawiającemu:

1) nakazanie Zamawiającemu unieważnienia czynności wyboru oferty najkorzystniejszej oraz dokonanie ponownego badania i oceny ofert – w zakresie części 1 i 2;

2) nakazanie Zamawiającemu dokonania odrzucenia oferty wykonawcy Mon-Bud – w zakresie części 1 i 2;

Odwołujący wskazał, że:

I.

OKOLICZNOŚCI FAKTYCZNE

Zamawiający prowadzi na podstawie przepisów ustawy Pzp postępowanie o udzielenie zamówienia publicznego pod nazwą „Rozbiórka obiektów budowlanych położonych na terenie gminy Ełk, Kruklanki i Rybno” (numer referencyjny: OLS.WOP.260.48.2022.SB).

Wartość zamówienia jest mniejsza niż progi unijne. Postępowanie prowadzone jest w trybie podstawowym w wariantcie bez negocjacji (art. 275 pkt 1 ustawy Pzp).

W postępowaniu ofertę złożył między innymi wykonawca Mon-Bud. 1) 377.671,50 zł brutto;

2) 226.320,00 zł brutto;

3) 298.990,34 zł brutto;

4) 228.780,00 zł brutto;

5) 243.980,90 zł brutto;

6) 226.320,00 zł brutto.

1) 349 743,12 zł brutto;

2) 139.359,00 zł brutto;

3) 154.980,00 zł brutto;

4) 149.736,27 zł brutto;

5) 140.220,00 zł brutto.

Za realizację zamówienia w zakresie części 1 wykonawca Mon-Bud zaoferował cenę 97.047,00 zł brutto. Ceny złożone przez pozostałych wykonawców:

Za realizację zamówienia w zakresie części 2 wykonawca Mon-Bud zaoferował cenę 72.324,00 zł brutto. Ceny złożone przez pozostałych wykonawców:

W dniu 16 listopada 2022 r. Zamawiający wezwał wykonawcę Mon-Bud na podstawie art. 224 ust. 1 w związku z art. 224 ust. 2 pkt 1 ustawy Pzp do wyjaśnień rażąco niskiej ceny w zakresie części 1 i 2 zamówienia. W wezwaniu do wyjaśnień Zamawiający zażądał udzielenia szczegółowych wyjaśnień, w tym złożenia dowodów, w zakresie wyliczenia ceny.

W odpowiedzi na wezwanie wykonawca Mon-Bud przedstawił wyjaśnienia rażąco niskiej ceny dla części 1 i 2. Wyjaśnienia dla obu części są podobne i różnią się przyjętymi wartościami liczbowymi. Oba wyjaśnienia liczą po dwie strony, w tym pierwsza stron to część opisowa, a druga to uproszczona kalkulacja. Do wyjaśnień nie zostały przedstawione żadne dowody.

W części opisowej wykonawca Mon-Bud podał ogólnikowe wyjaśnienia, np. o własnej bazie sprzętowej, podmiotach, z którymi będzie współpracował, czy wynagrodzeniu pracowników, nie przedstawiając jednak żadnych dowodów w tym zakresie. W części składającej się na kalkulację wykonawca Mon-Bud przedstawił ogólne koszty robót dla wybranych pozycji.

II.

OKOLICZNOŚCI PRAWNE

Do niniejszego zagadnienia znajdują zastosowanie następujące przepisy ustawy Pzp:

1) art. 226 ust. 1 pkt 8 ustawy Pzp: *Zamawiający odrzuca ofertę, jeżeli zawiera rażąco niską cenę lub koszt w stosunku do przedmiotu zamówienia;*

2) art. 224 ust. 5 ustawy Pzp: *Obowiązek wykazania, że oferta nie zawiera rażąco niskiej ceny lub kosztu spoczywa na wykonawcy;*

3) art. 224 ust. 6 ustawy Pzp: *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.*

Przepisy te mają zapobiegać wybieraniu ofert, które nie dają pewności, że zamówienie zostanie wykonane i to bez uszczerbku dla jego jakości. Gwarantuje więc Zamawiającemu ochronę przed nieuczciwymi praktykami wykonawców, którzy zaniżając cenę lub koszt w celu uzyskania zamówienia, na etapie realizacji mogą sobie to rekompensować niższą jakością lub domaganiem się dodatkowego wynagrodzenia. W skrajnych wypadkach zagrożone może być wykonanie całego zamówienia. Jednocześnie przepis chroni rzetelnych wykonawców, gdyż ułatwia eliminowanie z zamówień publicznych tych, którzy łamią zasady uczciwej konkurencji w zakresie ceny lub kosztu.

W niniejszym stanie faktycznym wyjaśnienia rażąco niskiej ceny wykonawcy Mon-Bud zawierają następujące uchybienia, których wystąpienie musi prowadzić do odrzucenia oferty tego wykonawcy:

- 1) Brak dołączenia dowodów;
- 2) Brak uwzględnienia w kalkulacji istotnych kosztów;
- 3) Zaniżenie kosztów.

II.1.

Brak dowodów

Zgodnie z utrwaloną linią orzeczniczą Krajowej Izby Odwoławczej, do wyjaśnień rażąco niskiej ceny należy dołączyć odpowiednie dowody. Sama kalkulacja kosztów nie jest wystarczającym dowodem. Tytułem przykładu wskazuję:

1) Wyrok Krajowej Izby Odwoławczej z dnia 28 czerwca 2021 r. KIO 1197/21: *„Wyjaśnienia złożone przez przystępującego w postaci opisowej oraz załączony do nich kosztorys nie pozwalają zatem na uznanie, że cena podana w ofercie jest ceną rynkową, jak też, że obejmuje pełen zakres zamówienia opisany w SWZ. **Ponownie należy wskazać, że jeśli zamawiający wzywa wykonawcę do złożenia wyjaśnień, żądając jednocześnie aby ten przedstawił szczegółową kalkulację kosztów oraz złożył dowody na jej poparcie to jego obowiązkiem, jako profesjonalisty biorącego udział w przetargu, jest zadośćuczynienie temu wezwaniu. Brak staranności w tym zakresie tj. składanie wyjaśnień ogólnych, nie popartych dowodami powoduje, że wykonawcy ponoszą negatywne skutki niewykazania zasadności swoich twierdzeń. Wykonawca zobligowany do złożenia wyjaśnień ma obowiązek podać zamawiającemu okoliczności uzasadniające obniżenie ceny w stosunku do przedmiotu zamówienia lub też innych czynników, do których odnosi się wezwanie”***.

2) Wyrok Krajowej Izby Odwoławczej z dnia 7 lipca 2020 r. KIO 839/20: *„Tym samym **nie wystarczy przedstawić szczegółowych kalkulacji, które potwierdzają cenę ofertową ale należy wyjaśnić/udowodnić oszczędności wyceny oferty, ich skalę w stosunku do wyceny zamawiającego, czy też do średniej arytmetycznej cen wszystkich złożonych ofert”***.

3) Wyrok Krajowej Izby Odwoławczej z dnia 17 grudnia 2019 r. KIO 2449/19: *„Zwrócenie się zamawiającego o wyjaśnienia kreuje domniemanie rażąco niskiej ceny lub kosztu, które*

*wykonawca może obalić, składając przekonujące wyjaśnienia oraz dowody, wykazujące, że możliwe jest rzetelne wykonanie zamówienia za zaproponowaną cenę lub koszt. Jeśli wykonawca nie udzieli wyjaśnień bądź gdy udzielone wyjaśnienia potwierdzą w ocenie zamawiającego, że cena lub koszt oferty są rażąco niskie, oferta wykonawcy zostanie odrzucona. **Złożenie wyjaśnień niepopartych dowodami bądź ogólnikowych może zostać uznane przez zamawiającego za brak złożenia wyjaśnień**".*

Ponadto w wezwaniu do wyjaśnień rażąco niskiej ceny zarówno w części 1 i 2 Zamawiający kilkakrotnie wskazał, że wyjaśnienia powinny zawierać odpowiednie dowody.

Obowiązkiem wykonawcy Mon-Bud było więc, oprócz przedstawienia kalkulacji, załączenie stosownych dowodów. Wykonawca temu obowiązkowi nie podołał.

1) Wykonawca Mon-Bud w wyjaśnieniach wskazał, że stawka roboczogodziny dla pracowników będących jednocześnie kierowcami i operatorami koparek wraz z kosztami pracodawcy wynosi 27,70 zł za roboczogodzinę. Wykonawca nie przedstawił żadnych dowodów, że jest w stanie zatrudnić pracowników za taką niską stawkę, np. zawartych umów, umów przedwstępnych, ofert lub oświadczeń.

2) Wykonawca Mon-Bud wskazał, że posiada własny sprzęt, tj. „*koparko-ładowarki, koparki oraz własny sprzęt transportowy, transport ciężarowy, który aktualnie znajduje się blisko lokalizacji robót rozbiórki*”. Jednocześnie Wykonawca nie przedstawił jakichkolwiek dowodów, że taki sprzęt posiada. Wykonawca powinien przedstawić stosowne dowody, że taką bazę sprzętową posiada, np. faktury, umowy sprzedaży, umowy leasingu czy zdjęcia.

3) Wykonawca Mon-Bud wskazał w obu wyjaśnieniach, że materiały porozbiórkowe zostaną sprzedane oraz odebrane własnym transportem przez Kopalnię Surowców Mineralnych Łęgowo koło Olecka T.D.. Wykonawca powinien przedstawić stosowne dowody, że ten podmiot będzie w stanie sprzedać temu podmiotowi materiały (oraz że możliwy będzie odbiór), np. umowę czy umowę przedwstępną.

4) Wykonawca Mon-Bud w kalkulacji przyjął koszt utylizacji płyt azbestowo-cementowych oraz papy w wysokości 450,00 zł za tonę. Jednocześnie Wykonawca nie wyjaśnił, na jakiej podstawie przyjął koszt utylizacji tego odpadu. Wykonawca nie wskazał, na jakim składowisku odpadów zutylizuje azbest i papę oraz nie przedstawił jakichkolwiek dowodów na realność zaoferowanej ceny. Wykonawca nie przedstawił żadnej umowy ze składowiskiem odpadów

lub cennika, na podstawie którego obliczył powyższe koszty. Wykonawca nie przedstawił również dowodów w zakresie kosztów transportu azbestu i papy do składowiska odpadów.

W dalszej kolejności należy wskazać, że w Centralnej Ewidencji i Informacja o Działalności Gospodarczej nie widnieje taki przedsiębiorca jak T.D.. Również w Internecie nie można odnaleźć takiego przedsiębiorcy jak „Kopalnia Surowców Mineralnych Łęgowo koło Olecka T.D.". Zamawiający nie ma więc jakiegokolwiek możliwości weryfikacji podmiotu, z którym zamierza współpracować wykonawca Mon-Bud, jak również gwarancji, że on w ogóle istnieje.

Co najważniejsze, wykonawca Mon-Bud nie załączył żadnych dowodów, że za podane w kalkulacji ceny jest w stanie sprzedać materiały z rozbiórki po określonych w kalkulacji cenach, zwłaszcza że Wykonawca wskazał, że materiały porozbiórkowe zostaną odebrane przez kupującego. Wykonawca powinien udowodnić, że jest w stanie sprzedać materiały za wskazaną w kalkulacji cenę oraz że kupujący odbierze bezpłatnie te materiały.

II.2.

Brak uwzględnienia w kalkulacji istotnych kosztów

Niezależnie od tego, że wykonawca Mon-Bud nie przedstawił dowodów (do czego był zobowiązany), to nie uwzględnił również w przedstawionej kalkulacji wielu istotnych elementów.

Wykonawca w kalkulacji nie przedstawił wysokości kosztów odzieży ochronnej dla pracowników, tj. masek z filtrem do demontażu azbestu, folii, zakupu palet i innych materiałów i środków związanych z bezpiecznym zapakowaniem i przygotowaniem do transportu płyt azbestowych.

Kolejna kwestia dotyczy tego, że w Bazie Danych Odpadowych (BDO), w rejestrze podmiotów, wykonawca Mon-Bud nie wskazał w dziale XII „wytwórca odpadów zobowiązany do prowadzenia ewidencji odpadów niepodlegający obowiązkowi uzyskania pozwolenia na wytwarzanie odpadów albo pozwolenia zintegrowanego” aby był on wytwórcą odpadu o kodzie:

- 1) 17 06 01* Materiały izolacyjne zawierające azbest;
- 2) 17 06 05* Materiały budowlane zawierające azbest.

Wykonawca w BDO nie jest również wskazany w dziale VII „transportujący odpady” jako transportujący odpady o kodzie:

3) 17 06 01* Materiały izolacyjne zawierające azbest;

4) 17 06 05* Materiały budowlane zawierające azbest.

W związku tym wykonawca Mon-Bud nie jest wpisany jako podmiot wytwarzający i transportujący materiały zawierające azbest. Wykonawca albo będzie świadczył usługę niezgodnie z przepisami prawa, albo będzie korzystał z podwykonawcy. Wykonawca w przesłanych wyjaśnieniach nie wskazał jednak, by korzystał z Podwykonawcy w realizacji zamówienia.

Tymczasem zgodnie z rozdziałem VI ust. 3 SWZ: *„Wykonawca, zamierzający powierzyć wykonanie części zamówienia podwykonawcy, wskazuje w ofercie części zamówienia, których wykonanie zamierza powierzyć podwykonawcom, oraz podaje nazwy ewentualnych podwykonawców, jeżeli są już znani”*.

Wykonawca Mon-Bud wskazał w swojej ofercie, że nie zmiarza powierzyć realizacji części zamówienia podwykonawcy. Sytuacja ta wskazuje na istotne błędy i rozbieżności w wyjaśnieniach rażąco niskiej ceny, jak i w samej ofercie Wykonawcy.

II.3.

Zaniżenie kosztów

Wykonawca Mon-Bud w wielu pozycjach zaniżył koszty przyjęte w kalkulacji. Wobec braku załączenia jakichkolwiek dowodów Wykonawca nie udowodnił, że przyjęte koszty zostały prawidłowo skalkulowane i że za podaną cenę Wykonawca jest w stanie zrealizować zamówienie. Wskazujemy poniżej przykładowe pozycje, których koszt jest zaniżony.

1) Pracownik wykonawcy Mon-Bud otrzyma wynagrodzenie niewiele wyższe niż minimalne. Biorąc pod uwagę średnie wynagrodzenie operatorów koparek na poziomie ok. 5 050,00 zł miesięcznie podana stawka wydaje się nierealistyczna. Jest to również okoliczność, która dodatkowo uzasadnia konieczność złożenia dowodów w tym zakresie.

2) Na marginesie wskazuję, że wykonawca Mon-Bud napisał, że posiada dwóch pracowników. Prace zaoferował zrealizować w 10 dni (dla części nr 1) oraz w 5 dni (dla części nr 2). Biorąc pod uwagę tak nieliczną kadrę pracowniczą, jest to termin nierealny. Jedna osoba musi być operatorem koparki, druga osoba kierowcą oraz potrzebni są minimum dwaj pracownicy budowlani do demontażu azbestu.

3) Dodatkowo Zamawiający w rozdziale IV ustęp 5 SWZ wymaga do realizacji umowy ustanowienia kierownika robót:

„Na podstawie art. 112 ustawy Pzp, zamawiający określa warunki udziału w postępowaniu dotyczące zdolności technicznej lub zawodowej (warunek dot. części 1-3 zamówienia). Wykonawca spełni warunek jeżeli wykaże, że spełnia minimalne warunki dotyczące kwalifikacji zawodowych osób skierowanych przez wykonawcę do realizacji zamówienia.

Zamawiający uzna warunek za spełniony, jeżeli wykonawca wykaże, że na czas realizacji zamówienia będzie dysponował osobami o odpowiednich kwalifikacjach zawodowych niezbędnych do wykonania zamówienia tj. kierownikiem robót w specjalności konstrukcyjno-budowlanej tj. osobą posiadającą uprawnienia do kierowania robotami budowlanymi w specjalności konstrukcyjno-budowlanej (w rozumieniu ustawy Prawo budowlane).

Ww. osoba, która posiada uprawnienia budowlane (zgodnie z przepisami ustawy z dnia 15 grudnia 2000 r. o samorządach zawodowych architektów oraz inżynierów budownictwa (tekst jednolity Dz. U. 2019 poz. 1117)) musi być wpisana na listę członków właściwej izby samorządu zawodowego oraz posiadać aktualne ubezpieczenie od odpowiedzialności cywilnej za szkody, które mogą wyniknąć w związku z wykonywaniem samodzielnych funkcji technicznych w budownictwie”.

W kalkulacji wykonawcy Mon-Bud **nie jest wskazany koszt wynagrodzenia kierownika robót**. Średnie wynagrodzenia kierownika robót wynosi 8 830,00 zł. Podana przez wykonawcę Mon-Bud stawka wydaje się więc nierealistyczna. Jest to również okoliczność, która dodatkowo uzasadnia konieczność złożenia dowodów w tym zakresie.

4) W tabeli „transport sprzętu” wykonawca Mon-Bud wpisał koszt transportu sprzętu odpowiednio 1 000,00 zł (dla części 1) oraz 500,00 zł (dla części 2). Wykonawca nie wykazał na podstawie jakich danych i w jaki sposób przyjął takie koszty transportu sprzętu. Siedziba wykonawcy Mon-Bud jest w Elblągu, odległość do miejsca rozbiórki wynosi więc około 250

km. Transport całego sprzętu, tj. koparki, koparko-ładowarki i transport ciężarowy zdecydowanie przewyższają koszt przyjęty przez wykonawcę.

5) Brak jest również kalkulacji kosztów związanych z zakupem paliwa oraz amortyzacją sprzętu.

II.4.

Brak możliwości wezwania do ponownych wyjaśnień

Podnoszę również, że nie ma możliwości kolejnego wezwania wykonawcy Mon-Bud do złożenia kolejnych wyjaśnień dotyczących zaoferowanej ceny oraz przedstawienia dowodów. W orzecznictwie Krajowej Izby Odwoławczej dopuszcza się ponowne wezwanie do złożenia wyjaśnień tylko w sytuacji, gdy wykonawca już za pierwszym razem udzielił konkretnych, spójnych wyjaśnień, które tylko w niektórych kwestiach wymagają doprecyzowania czy uzupełnienia.

Natomiast nie można ponownie wzywać o wyjaśnienia wykonawcy, który jedynie dla formalności udzielił zamawiającemu odpowiedzi, ale którego pierwotne wyjaśnienia z uwagi na ich ogólnikowość i lakoniczność w żaden sposób nie tłumaczą, skąd wynika taka, a nie inna cena oferty. Stanowiłoby to bowiem w istocie danie wykonawcy drugiej szansy na udzielenie wyjaśnień dotyczących zaoferowanej ceny, co stoi w sprzeczności z zasadami równego traktowania wykonawców i uczciwej konkurencji.

Kwestia ta jest jednolicie przyjmowana w orzecznictwie. Tytułem przykładu wskazuję:

1) Wyrok Krajowej Izby Odwoławczej z dnia 9 czerwca 2021 r. KIO 1166/21: *„Ponowne wezwanie do wyjaśnień w zakresie ceny rażąco niskiej nie ma charakteru automatycznego, czy też bezrefleksyjnego. Tak jak podkreśla się w orzecznictwie i doktrynie, ponowne wezwanie wykonawcy do złożenia wyjaśnień w zakresie zaoferowanej ceny jest możliwe w sytuacji, gdyby wykonawca złożył rzetelne i wyczerpujące wyjaśnienia, odpowiadające wystosowanemu wezwaniu, a koniecznym byłoby wyjaśnienie kwestii, o które zamawiający nie zapytał. (...) Wykonawca nie może oczekiwać ponownego wezwania do wyjaśnień, jeśli w odpowiedzi na pierwsze wezwanie, składa wyjaśnienia ogólne, nieprecyzyjne i niepoparte żadnymi dowodami”*.

2) Wyrok Krajowej Izby Odwoławczej z dnia 28 kwietnia 2021 r. KIO 806/21: „Izba podziela pogląd, że ustawodawca nie określił, ile razy zamawiający może ponawiać wezwania do wyjaśnienia w zakresie rażąco niskiej ceny. Wezwanie do złożenia wyjaśnień może być skierowane do wykonawcy nawet kilkakrotnie w sytuacji, gdy na podstawie złożonych wyjaśnień powstają dalsze kwestie i nowe wątpliwości wymagające wyjaśnienia. Niemniej, nie oznacza to, że zamawiający powinien przejmować za wykonawcę inicjatywę w dążeniu do udowodnienia realności elementów mających wpływ na wysokość zaoferowanej ceny. Zamawiający, będąc gospodarzem postępowania, winien przestrzegać podstawowych zasad, takich jak chociażby zasady bezstronności, uczciwej konkurencji oraz równego traktowania wykonawców. Ponowne wezwania do wyjaśnienia w rzeczywistości tego samego zakresu informacji, przy zaniechaniu rzetelnego i starannego działania wykonawcy podczas złożenia wyjaśnień niepopartych dowodami, należałoby uznać za naruszenie nie tylko art. 90 ust. 1, ale również art. 7 ust. 1 ustawy Pzp”.

3) Wyrok Krajowej Izby Odwoławczej z dnia 20 lutego 2019 r. KIO 190/19: „Zwrócenie się do wykonawcy, który złożył wyjaśnienia w zakresie rażąco niskiej ceny, o dalsze wyjaśnienia jest dopuszczalne, jednak wyłącznie w sytuacji, gdy wykonawca dołożył należytych starań, aby wyjaśnienia były szczegółowe, możliwe było powzięcie informacji o rodzaju i poziomie kalkulowanych przez wykonawcę kosztów, co zostało poparte dowodami, jednak przyjęte założenia czy elementy kalkulacji budzą wątpliwości zamawiającego czy wymagają doprecyzowania”.

Zamawiający w pisemnej odpowiedzi na odwołanie z dnia 13 grudnia 2022 r. wniósł o oddalenie odwołania w całości.

Zamawiający wskazał, że:

Zamawiający prowadzi postępowanie na „rozbiórkę obiektów budowlanych położonych na terenie gminy Ełk, Kruklanki i Rybno”.

Część Nr 1 zamówienia dot. rozbiórki budynku cielętnika (nr inw. 2/16/20(182-11-10)) na dz. nr 596/1 obręb Oracze, gmina Ełk oraz budynku obory (nr inw. 35/16/65(182-8-10)) na dz. nr 594/1 obręb Oracze, gmina Ełk. Z kolei część Nr 2 zamówienia dot. rozbiórki budynków obór (szt. 2) (nr inw. 182-1-75/S i 182-2-75/S) na dz. nr 1/68 obręb Jasieniec, gmina Kruklanki.

Wyżej wymienione obiekty budowlane przeznaczone do rozbiórki są to budynki gospodarcze po byłych Państwowych Gospodarstwach Rolnych. Budynki są w bardzo złym stanie technicznym. Budynki położone są na obszarach wiejskich z dala od innych zabudowań.

W związku z powyższym proces rozbiórki takich obiektów nie jest zbyt skomplikowany, nie wymaga zastosowania specjalistycznych metod rozbiórkowych, a efektem finalnym jest uporządkowany i zniwelowany teren. Przy pracach rozbiórkowych nie istnieje ryzyko (tak jak w przypadku budowy lub remontu obiektu budowlanego), że wykonane przez wykonawcę roboty będą gorszej jakości czy nie będą spełniały jakichś norm, gdyż w efekcie likwidujemy obiekt budowlany, a nie budujemy go czy remontujemy. Ryzyko nienależytego wykonania zamówienia jest również znikome ze względu na mały stopień skomplikowania procesu rozbiórki.

W roku 2022 i 2021 zamawiający przeprowadził 6 postępowań o udzielenie zamówienia publicznego, których przedmiotem były rozbiórki obiektów budowlanych podobnych do obiektów będących przedmiotem rozbiórki w niniejszym postępowaniu. W wyniku rozstrzygnięcia ww. postępowań zawarto 11 umów. Wszystkie umowy zostały wykonane należycie, zgodnie ze sztuką budowlaną. Należy nadmienić, że 8 z ww. 11 umów zawartych było z podmiotami, których ceny za wykonanie rozbiórki nosiły znamiona rażąco niskich (patrz tabela poniżej). W każdym przypadku zamawiający wzywał wykonawców do złożenia wyjaśnień odnośnie zaoferowanej ceny. Jedne wyjaśnienia wykonawców były bardziej dokładnie, inne mniej, jednak w każdym z nich jedynym dowodem na potwierdzenie realności zaoferowanej przez wykonawcę ceny była jedynie szczegółowa kalkulacja cenowa.

Szacunkowa wartość zamówienia powiększona o wartość podatku VAT	Wartość brutto umowy	Nr ogłoszenia o wyniku postępowania
127.365,87 zł	88.560,00 zł	2021/BZP 00226441/01 z dnia 2021-10-08
190.831,81 zł	98.400,00 zł	2021/BZP 00195576/01 z dnia 2021-09-29

180.758,39 zł	84.747,00 zł	2021/BZP 00316135/01 z dnia 2021-12-15
116.535,35 zł	64.218,30 zł	2022/BZP 00172278/01 z dnia 2022-05-23
316.811,44 zł	145.017,00 zł	2022/BZP 00172278/01 z dnia 2022-05-23
191.718,80 zł	72.447,00 zł	2022/BZP 00172278/01 z dnia 2022-05-23
128.521,93 zł	47.109,00 zł	2022/BZP 00194745/01 z dnia 2022-06-06
181.829,06 zł	122.385,00 zł	brak

W przedmiotowym postępowaniu Zamawiający, realizując obowiązek z art. 224 ust. 2 pkt 1 ustawy Pzp, pismami z dnia 16.11.2022 r. zwrócił się do wykonawcy MON-BUD SPÓŁKA Z OGRANICZONĄ ODPOWIEDZIALNOŚCIĄ, ul. Elizy Orzeszkowej 9, 82-300 Elbląg z prośbą o udzielenie szczegółowych wyjaśnień, w tym złożenie dowodów, w zakresie wyliczenia ceny, w celu ustalenia czy oferty dot. części Nr 1 i 2 zamówienia ww. wykonawcy zawierają rażąco niską cenę w stosunku do przedmiotu zamówienia. Zamawiający w ww. pismach wskazał szereg czynności, które wykonawca winien uwzględnić w swojej kalkulacji, w tym w szczególności koszty:

koszty:

1. 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 (tekst jednolity Dz. U. 2020 r. poz. 2207) lub przepisów odrębnych właściwych dla spraw, z którymi związane jest realizowane zamówienie – w tym koszty pracy ponoszone przez pracodawcę,
2. pracy sprzętu,
3. dojazdów i ew. zakwaterowania,
4. załadunku i transportu materiałów pochodzących z rozbiórki,
5. obsługi geodezyjnej oraz
6. utylizacji płyt azbesto-cementowych i papy.

Należy zaznaczyć, że zgodnie z komentarzem Urzędu Zamówień Publicznych do art. 224 ustawy Pzp *„Dla aktywizacji obowiązku zamawiającego wszczęcia postępowania wyjaśniającego wystarczające będzie już samo podejrzenie rażącego zaniżenia, **jak również tylko obawa o brak możliwości wykonania zamówienia**, a także sytuacja, gdy te dwa czynniki wystąpią łącznie”*. Zamawiający zwrócił się do ww. wykonawcy o złożenie stosownych

wyjaśnień odnośnie zaoferowanej ceny, ponieważ wcześniej nie współpracował z tym wykonawcą i zaszła obawa czy wykonawca należycie wycenił swoją ofertę i czy zdoła wykonać

przedmiotowe zamówienie.

Wykonawca w wyznaczonym terminie złożył stosowne wyjaśnienia dot. części Nr 1 i 2 zamówienia. Treści wyjaśnień wykonawcy są praktycznie identyczne, różnią się jedynie wyliczeniami poszczególnych pozycji z załączonej do wyjaśnień kalkulacji cenowej. Po

przeanalizowaniu ww. wyjaśnień zamawiający stwierdził, że zaoferowane przez wykonawcę ceny są realne i nie budzą jego wątpliwości co do możliwości wykonania przedmiotu zamówienia zgodnie z wymaganiami określonymi w dokumentach zamówienia. Wykonawca w swoich wyjaśnieniach potwierdził, że *„podtrzymuję kwotę złożonej oferty i potwierdzam, iż wykonamy w/w rozbiórkę w cenie określonej w ofercie z dnia 14.11.2022 r.”*. Ponadto wykonawca zaznaczył, że dokonał szczegółowej kalkulacji m.in. na podstawie wizji lokalnej (mimo braku takiego obowiązku w SWZ). Jest to o tyle istotne, że w historii zamówień na rozbiórkę przeprowadzanych na przestrzeni lat przez zamawiającego, zdarzały się przypadki, że wykonawcy po otrzymaniu wezwania do złożenia wyjaśnień odnośnie zaoferowanej ceny stwierdzali, że nie dokonali wizji lokalnej, błędnie skalkulowali cenę ofertową i nie są w stanie wykonać za tą cenę zamówienia.

Odnosząc się do zarzutu odwołującego określonego w części II.1 odwołania (pkt 13 – 15 odwołania) zamawiający pragnie zaznaczyć, że ustawa Pzp nie określa katalogu dowodów, jakie wykonawcy musi przedstawić zamawiającemu w celu wykazania, że zaoferowanej przez niego cena nie jest rażąco niska. Jak wskazuje Krajowa Izba Odwoławcza (dalej KIO) w wyroku z dnia 31.10.2018 r. (Sygn. akt KIO 2036/18) *„(...) na gruncie ustawy Prawo zamówień publicznych nie ma jednego, prawidłowego wzorca wyjaśnień rażąco niskiej ceny, czy też katalogu dowodów, które winien złożyć wykonawca, by jego oferta nie została odrzucona na podstawie art. 89 ust. 1 pkt 4 ustawy Pzp. Zdaniem Izby nie budzi wątpliwości fakt, iż pewne dane przyjmowane przez wykonawców do obliczenia ceny ofertowej mogą wynikać z nabytej przez wykonawców na przestrzeni lat praktyki zawodowej.”*

Ponadto jak wskazuje KIO w wyroku z dnia 10 sierpnia 2018 roku (Sygn. akt KIO 1453/18) *„Należy zauważyć, że przepisy prawa nie określają, ani elementów, które powinno zawierać pytanie zadane w trybie art. 90 ust. 1 ustawy Pzp, ani elementów, które powinna zawierać udzielona w tym trybie odpowiedź. (...) Nie można twierdzić, że istnieje jedyny poprawny model kalkulowania ceny oferty, do którego miałby się stosować każdy uczestnik postępowania”*.

Zarzut określony w pkt 15.1 odwołania dot. zatrudnienia pracowników budowlanych za nierealnie niskie stawki wydaje się również bezpodstawny. Wykazane przez MON-BUD stawki są stawkami wyższymi 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 (tekst jednolity Dz. U. 2020 r. poz. 2207). Ponadto jak wskazuje KIO w wyroku z dnia 10 sierpnia 2018 roku (Sygn. akt KIO 1453/18) *„Izba nie podziela także argumentacji Odwołującego w zakresie każdorazowego obowiązku*

przedkładania dowodów na okoliczność kosztów pracy, w szczególności oczekiwania załączania do wyjaśnień umów o pracę. Nie sposób z góry przesądzić czy w okolicznościach konkretnej sprawy konieczne było przedstawianie wraz z wyjaśnieniami stosownych dowodów czy też wystarczające było tylko wskazanie i powołanie określonych informacji. W ocenie Izby, jeżeli zamawiający nie sprecyzuje wezwania, wykonawca w ramach składanych wyjaśnień winien przedkładać jedynie takie dowody, które jego zdaniem uzasadniają przyjętą wycenę przedmiotu zamówienia. Jeżeli złożone wyjaśnienia rozwieją wątpliwości zamawiającego, a szczegółowa kalkulacja przedstawia realne stawki rynkowe kosztów pracy, czy też wynagrodzenia, wykonawca nie ma obowiązku przedłożenia konkretnych umów o pracę”.

Zarzut podniesiony w pkt 15.4 odwołania dot. zaniżonej ceny za utylizację azbestu wydaje się również bezpodstawny. Jak wynika z cennika Zakładu Gospodarki Komunalnej w Bartoszycach tj. jednostki, która jako jedna z nielicznych na terenie woj. warmińskomazurskiego zajmuje się utylizacją azbestu, cena za utylizację 1 tony azbestu wynosi 240 zł netto (dowód stanowi załącznik Nr 1 do niniejszego pisma). W związku z powyższym przyjęta przez MON-BUD w kalkulacji kwota w wysokości 450 zł netto za tonę wydaje się jak najbardziej realna.

Zamawiający pragnie zaznaczyć, że odwołujący w postępowaniach prowadzonych przez zamawiającego w I kwartale 2022 roku był również wzywany kilkakrotnie do wyjaśnień w zakresie sposobu obliczenia ceny, gdyż jego cena ofertowa nosiła znamiona ceny rażąco niskiej. W odpowiedzi na powyższe odwołujące nie przedstawiał **żadnych dowodów**, a swoje wyjaśnienia opierał jedynie na szczegółowej kalkulacji (dowód stanowi załącznik Nr 2 do niniejszego pisma).

Jak wynika również z powyższych wyjaśnień odwołującego sporządzając własną kalkulację opierał się na podobnych stawkach np.

- stawka roboczogodziny pracownika budowlanego – 30 zł/h (dla porównania MON-BUD – 27,70 zł netto);

- utylizacja azbestu – 504 zł / tonę (dla porównania MON-BUD – 450 zł netto / tonę).

Odnośnie zarzutu określonego w pkt 17 i 18 odwołania zamawiający pragnie zaznaczyć, że wykonawca może na etapie realizacji umowy zlecić wykonywanie prac rozbiórkowych związanych z azbestem wykwalifikowanemu podwykonawcy. MON-BUD nie wskazał w ofercie, że zamierza powierzyć wykonanie jakiegokolwiek części zamówienia podwykonawcy,

jednakże ustawa Pzp ani treść projektowanych postanowień umowy nie zabraniają zlecenie prac podwykonawcy na etapie realizacji umowy. W związku z powyższym zarzut dot. braku ujęcia w kalkulacji kosztów odzieży ochronnej, jak również zarzut braku odpowiednich wpisów w Bazie Danych Odpadowych (BDO) wydaje się bezpodstawny.

W związku z powyższym zamawiający nie kwestionował poziomu szczegółowości wyjaśnień przedstawionych przez MON-BUD i przyjął je jako wystarczające do stwierdzenia, że zaoferowana przez MON-BUD cena jest ceną realną i nie budzi wątpliwości zamawiającego co do możliwości wykonania zamówienia na warunkach określonych w SWZ i dokumentacji technicznej.

Jak wskazuje KIO w wyroku z dnia 16 października 2017 roku (Sygn. akt KIO1995/17) „*Celem procedury opartej na podstawie art. 90 ust. 1 ustawy Pzp jest uzyskanie potwierdzenia realności ceny, nie zaś „wciągnięcie” wykonawcy w formalną pułapkę skutkującą odrzuceniem jego oferty ze względu na wypełnienie się hipotezy normy prawnej uregulowanej w treści przepisu art. 90 ust. 3 ustawy Pzp. Nie sposób bowiem zgodzić się z poglądem, że odrzucenie oferty z przyczyn formalnych (tj. na skutek nierzetelnego wypełnienia obowiązku z art. 90 ust. 1 – 3 ustawy Pzp) powinno następować w każdym wypadku, w szczególności gdy oferta nie nosi znamion oferty z ceną rażąco niską. Takie stanowisko, przy przyjęciu i ustaleniu, że istnieje duże prawdopodobieństwo, że oferta została skalkulowana w sposób rzetelny i ekonomicznie uzasadniony, jest nie do przyjęcia. Oznaczałoby to wówczas konieczność odrzucenia oferty z uzasadnioną ekonomicznie ceną ze względu na pewne braki procedury – a więc eliminowanie z przyczyn formalnych rzetelnie skalkulowanych ofert – pomimo faktu, że kontynuowanie tej procedury może przynieść cel, jakim jest przedstawienie dowodów i wyjaśnień uzasadniających wysokość zaoferowanego wynagrodzenia”.*

Zamawiający pragnie zauważyć, że siedziba MON-BUD znajduje się w Elblągu, tj. w woj. warmińsko-mazurskim, a siedziba odwołującego w woj. lubuskim, a więc jest znacznie bardziej oddalona od miejsca rozbiórki niż siedziba MON-BUD, co może mieć znaczący wpływ na różnicę w ponoszonych przez obu wykonawców kosztach. Jak wskazuje KIO w wyroku z dnia 10 sierpnia 2018 roku (Sygn. akt KIO 1453/18) „*Samo porównanie usług z usługami konkurencji, które są droższe - nie jest w takim przypadku właściwie zastosowaną metodą ustalania oferty rażąco niskiej i nie może prowadzić do paradoksalnej sytuacji, w której odrzuca się ofertę ekonomicznie i gospodarczo uzasadnioną i tanią, a przyjmuje się za wiarygodną ofertę droższą, co wypacza reguły uczciwej konkurencji, funkcję ustawy Pzp, zapewniającą przejrzysty, optymalny i tani wybór najlepszej oferty na rzecz oferty droższej”.*

Zamawiający pragnie również zaznaczyć, że wybór znacznie droższej oferty, w sytuacji gdy zamawiający w złożonych wyjaśnieniach przez MON-BUD otrzymał zapewnienie, że wykonawca prawidłowo skalkulował swoją ofertę i jest w stanie za zaoferowaną cenę wykonać należycie zamówienie, jest nieekonomiczne, a efekt w obu przypadkach będzie taki sam – uporządkowany i zniwelowany teren.

Stan faktyczny ustalony przez Izbę:

Ogłoszenie o zamówieniu zamieszczono w Biuletynie Zamówień Publicznych w dniu 27 października 2022 r. pod numerem 2022/BZP 00413521/01.

W dniu 5 grudnia 2022 r. wykonawca Hammer Wyburzenia M.K. prowadzący działalność gospodarczą w Lgiń wniósł odwołanie wobec niezgodną z przepisami ustawy czynność Zamawiającego, podjętą w postępowaniu o udzielenie zamówienia oraz na zaniechanie czynności w postępowaniu o udzielenie zamówienia, do której Zamawiający był obowiązany na podstawie ustawy, tj. zaniechanie czynności odrzucenia oferty wykonawcy Mon-Bud spółka z ograniczoną odpowiedzialnością z siedzibą w Elblągu, podczas gdy oferta tego Wykonawcy zawiera rażąco niską cenę lub koszt w stosunku do przedmiotu zamówienia – w zakresie części 1 i 2, zarzucając naruszenie:

- art. 226 ust. 1 pkt 8 w związku z art. 224 ust. 6 ustawy Pzp poprzez zaniechanie odrzucenia oferty wykonawcy Mon-Bud w zakresie części 1 i 2, podczas gdy oferta tego wykonawcy zawiera rażąco niską cenę lub koszt w stosunku do przedmiotu zamówienia, a wykonawca złożył wyjaśnienia, które nie wykazały, że oferta nie zawiera rażąco niskiej ceny lub kosztu.

W wyniku wniesionego odwołania przez wykonawcę Hammer Wyburzenia M.K. prowadzący działalność gospodarczą w Lgiń, Lgiń 13, 67-400 Wschowa, Zamawiający wnosil o oddalenie odwołania w całości.

Stan prawny ustalony przez Izbę:

Zgodnie z art. 224 ust. 6 ustawy PZP, 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.

Zgodnie z art. 226 ust. 1 pkt 8 ustawy PZP, zamawiający odrzuca ofertę, jeżeli zawiera rażąco niską cenę lub koszt w stosunku do przedmiotu zamówienia;

Krajowa Izba Odwoławcza – po przeprowadzeniu rozprawy w przedmiotowej sprawie, po zapoznaniu się ze stanowiskami przedstawionymi w odwołaniu, odpowiedzi na odwołanie, konfrontując je z zebrany w sprawie materiałem procesowym, w tym z dokumentacją postępowania o udzielenie zamówienia publicznego oraz po wysłuchaniu oświadczeń i stanowisk stron złożonych ustnie do protokołu w toku rozprawy – ustaliła i zważyła, co następuje:

Skład orzekający stwierdził, że odwołanie dotyczy materii określonej w art. 513 ustawy PZP i podlega rozpoznaniu zgodnie z art. 517 ustawy PZP. Izba stwierdziła również, że nie została wypełniona żadna z przesłanek określonych w art. 528 ustawy PZP, których stwierdzenie skutkowałoby odrzuceniem odwołania i odstąpieniem od badania meritum sprawy. Ponadto w ocenie składu orzekającego Odwołujący wykazał, że posiada legitymację materialną do wniesienia środka zaskarżenia zgodnie z przesłankami art. 505 ust. 1 ustawy PZP, tj. ma interes w uzyskaniu zamówienia, a naruszenie przez zamawiającego przepisów ustawy PZP może spowodować poniesienie przez niego szkody polegającej na nieuzyskaniu zamówienia.

Skład orzekający dokonał oceny stanu faktycznego ustalonego w sprawie mając na uwadze art. 554 ust. 1 pkt 1 ustawy PZP, który stanowi, że Izba uwzględni odwołanie, jeżeli stwierdzi naruszenie przepisów ustawy, które miało wpływ lub może mieć istotny wpływ na wynik postępowania o udzielenie zamówienia.

Izba – uwzględniając zgromadzony materiał dowodowy przedłożony przez strony, po dokonaniu ustaleń poczynionych na podstawie dokumentacji postępowania, biorąc pod uwagę zakres sprawy określony przez okoliczności podniesione w odwołaniu oraz stanowiska złożone pisemnie i ustnie do protokołu – stwierdziła, że sformułowany przez Odwołującego zarzut znajduje oparcie w ustalonym stanie faktycznym i prawnym, a tym samym rozpoznawane odwołanie zasługuje na uwzględnienie.

Zarzut Odwołującego w zakresie naruszenia przez Zamawiającego art. 226 ust. 1 pkt 8 ustawy PZP w związku z art. 224 ust. 6 ustawy PZP poprzez zaniechanie odrzucenia oferty wykonawcy Mon-Bud w zakresie części 1 i 2, podczas gdy oferta tego wykonawcy zawiera rażąco niską cenę lub koszt w stosunku do przedmiotu zamówienia, a wykonawca złożył

wyjaśnienia, które nie wykazały, że oferta nie zawiera rażąco niskiej ceny lub kosztu, jest zdaniem Izby zasadny.

Na wstępie wskazania wymaga, że zgodnie z ugruntowanym orzecznictwem Izby za cenę rażąco niską uznaje się cenę poniżej kosztów własnych wykonawcy, niepozwalającą na wypracowanie zysku. Jest to cena oderwana od realiów rynkowych i nierzeczywista.

Podkreślić należy, że rozpoznając zarzuty odwołania Izba dokonała analizy wyłącznie treści wyjaśnień rażąco niskiej ceny złożonych na wezwanie Zamawiającego.

Nadto należy wskazać, że przedmiotem orzekania Izby nie jest całokształt wyjaśnień złożonych przez wykonawcę, ale ocena tych wyjaśnień przez Zamawiającego w zakresie, w jakim zostało to zakwestionowane w odwołaniu i w granicach zakreślonych tam podstaw faktycznych zarzutów. Zgodnie bowiem z art. 555 ustawy Pzp Izba nie może orzekać co do zarzutów, które nie były zawarte w odwołaniu.

Izba wskazuje, że za realizację zamówienia w zakresie części 1 wykonawca Mon-Bud sp. z o.o. zaoferował cenę w wysokości 97.047,00 zł brutto, natomiast w zakresie części 2 cenę w wysokości 72.324,00 zł brutto, które odpowiednio w zakresie części 1 stanowiła cenę o 58,58% niższą od wartości zamówienia powiększonej o należny podatek od towarów i usług, tj. kwoty 234.308,00 zł oraz o 60,02% niższą od średniej arytmetycznej wszystkich złożonych ofert niepodlegających odrzuceniu na podstawie art. 226 ust. 1 pkt 1 i 10 ustawy PZP, natomiast w zakresie części 2 stanowiła cenę o 50,18% niższą od wartości zamówienia powiększonej o należny podatek od towarów i usług tj. kwoty 145.160,91 zł oraz o 56,88% niższą od średniej arytmetycznej wszystkich złożonych ofert niepodlegających odrzuceniu na podstawie art. 226 ust. 1 pkt 1 i 10 ustawy PZP.

W wyniku powyższego, Zamawiający w dniu 16 listopada 2022 r. wezwał wykonawcę Mon-Bud sp. z o.o. na podstawie art. 224 ust. 1 w związku z art. 224 ust. 2 pkt 1 ustawy PZP do wyjaśnień rażąco niskiej ceny w zakresie części 1 i 2 zamówienia. W wezwaniu do wyjaśnień Zamawiający zażądał w każdej części udzielenia szczegółowych wyjaśnień, w tym złożenia dowodów, w zakresie wyliczenia ceny. Nadto w wyjaśnieniach należało przedłożyć kalkulację szczegółową (np. kosztorys lub wyliczenie przedstawiające sumę poszczególnych kosztów jednostkowych, składających się na łączną cenę ofertową) z uwzględnieniem m.in.: wszystkich warunków i wymagań zawartych w SWZ, dokumentacji projektowej oraz w projektowanych postanowieniach umowy, przy czym kalkulacja szczegółowa powinna zawierać koszty m.in.:

1. 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 (tekst jednolity Dz. U. 2020 r. poz. 2207) lub przepisów odrębnych właściwych dla spraw, z którymi związane jest realizowane zamówienie – w tym koszty pracy ponoszone przez pracodawcę,
2. pracy sprzętu,
3. dojazdów i ew. zakwaterowania,
4. załadunku i transportu materiałów pochodzących z rozbiórki,
5. obsługi geodezyjnej oraz
6. utylizacji płyt azbesto-cementowych i papy.

W odpowiedzi na wezwanie wykonawca Mon-Bud sp. z o.o. w dniu 20 listopada 2022 r. udzielił wyjaśnień co do rażąco niskiej ceny dla części 1 i 2, przy czym ww. wykonawca nie przedłożył żadnych dowodów na poparcie swoich wyliczeń zawartych w kalkulacjach szczegółowych.

Izba wskazuje, że zgodnie z art. 224 ust. 6 ustawy PZP, 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, natomiast zgodnie z art. 226 ust. 1 pkt 8 ustawy PZP, zamawiający odrzuca ofertę, jeżeli zawiera rażąco niską cenę lub koszt w stosunku do przedmiotu zamówienia.

Biorąc powyższe przepisy ustawy PZP pod uwagę i linię orzeczniczą Krajowej Izby Odwoławczej, Izba zważa, że do wyjaśnień rażąco niskiej ceny należy dołączyć stosowne dowody, zaś sama kalkulacja kosztów nie jest wystarczającym dowodem na poparcie swoich wyliczeń. I tak zgodnie z wyrokiem Krajowej Izby Odwoławczej z dnia 28 czerwca 2021 r., sygn. akt. KIO 1197/21: *„Wyjaśnienia złożone przez przystępującego w postaci opisowej oraz załączony do nich kosztorys nie pozwalają zatem na uznanie, że cena podana w ofercie jest ceną rynkową, jak też, że obejmuje pełen zakres zamówienia opisany w SWZ. Ponownie należy wskazać, że jeśli zamawiający wzywa wykonawcę do złożenia wyjaśnień, żądając jednocześnie aby ten przedstawił szczegółową kalkulację kosztów oraz złożył dowody na jej poparcie to jego obowiązkiem, jako profesjonalisty biorącego udział w przetargu, jest zadośćuczynienie temu wezwaniu. Brak staranności w tym zakresie tj. składanie wyjaśnień ogólnych, nie popartych dowodami powoduje, że wykonawcy ponoszą negatywne skutki niewykazania zasadności swoich twierdzeń. Wykonawca zobligowany do złożenia wyjaśnień ma obowiązek podać zamawiającemu okoliczności uzasadniające obniżenie ceny w stosunku*

do przedmiotu zamówienia lub też innych czynników, do których odnosi się wezwanie”, a Izba w pełni się zgadza ze stanowiskiem tamtejszego składu orzekającego.

Izba zgadza się z Zamawiającym, że ustawa PZP nie określa katalogu dowodów, jakie wykonawcy muszą przedstawić Zamawiającemu w celu wykazania, że zaoferowana przez wykonawcę cena nie jest rażąco niska. W ocenie Izby Zamawiający pomija jednak istotny aspekt, jakim jest udowodnienie Zamawiającemu wyliczeń dokonanych przez wykonawcę wezwanego do wyjaśnień co do rażąco niskiej ceny, tj. złożenie stosownych dowodów na tę okoliczność.

Izba zważa, że wykonawca Mon-Bud sp. z o.o. w wyjaśnieniach wskazał, że stawka roboczogodziny dla pracowników wraz z kosztami pracodawcy wynosi 27,70 zł za roboczogodzinę, przy czym nie przedstawił żadnych dowodów, że jest w stanie zatrudnić pracowników za taką stawkę (z kalkulacji szczegółowej wynika jedynie koszt pracy pracowników- 2 osoby). Tym samym stwierdzenie Zamawiającego w odpowiedzi na odwołanie, że „dla porównania MON -BUD – 27,70 zł netto” mija się z prawdą, ponieważ w wyjaśnieniach wykonawca Mon-Bud sp. z o.o. wskazał stawkę 27,70 łącznie z kosztami pracodawcy (tzw. wynagrodzenie brutto brutto).

Niezależnie od powyższego, biorąc pod uwagę zapisy rozdziału IV ust. 6 SWZ, Zamawiający wymagał do realizacji umowy ustanowienia kierownika robót w specjalności konstrukcyjno-budowlanej. Izba zważa, że wykonawca Mon-Bud sp. z o.o. w kalkulacji kosztów nie uwzględnił w kosztach ww. kierownika, co już powoduje, że cena wskazana na wykonanie przedmiotu zamówienia przez wykonawcę Mon-Bud sp. z o.o. staje się nierzeczywista.

Nadto wykonawca Mon-Bud sp. z o.o. wskazał w wyjaśnieniach, że koszt utylizacji płyt azbestowo-cementowych oraz papy w wysokości 450,00 zł za tonę (dla części 1 i 2), a także że posiada własny sprzęt, tj. *„koparko-ładowarki, koparki oraz własny sprzęt transportowy, transport ciężarowy, który aktualnie znajduje się blisko lokalizacji robót rozbiórki”*. Jednakże, jak słusznie zauważył Odwołujący, wykonawca składając takie oświadczenia nie przedstawił jakichkolwiek dowodów na realność zaoferowanej ceny w przedmiotowym postępowaniu, np. faktury, umowy świadczące o posiadaniu sprzętu, umowy ze składowiskiem odpadów lub cennika, na podstawie którego obliczył powyższe koszty czy dowodów w zakresie kosztów transportu azbestu i papy do składowiska odpadów.

Izba dodatkowo wskazuje, że wykonawca Mon-Bud sp. z o.o. w wyjaśnieniach co do rażąco niskiej ceny w zakresie części 1 i 2 oświadczył, że materiały porozbiórkowe zostaną

sprzedane oraz odebrane własnym transportem przez Kopalnię Surowców Mineralnych Łęgowo koło Olecka T.D., jednak i w tym wypadku wykonawca Mon-Bud sp. z o.o. nie przedstawił stosownych dowodów, że będzie w stanie sprzedać ww. podmiotowi materiały za wskazaną w kalkulacji cenę.

Izba zważa, że rację ma Odwołujący, iż wykonawca Mon-Bud sp. z o.o. w kalkulacji kosztów nie przedstawił wysokości kosztów odzieży ochronnej dla pracowników, czy też kalkulacji kosztów związanych z zakupem paliwa oraz amortyzacją sprzętu.

W ocenie Izby brak tych kosztów ma również wpływ na zaoferowaną cenę w ofercie przez wykonawcę Mon-Bud sp. z o.o., zarówno w części 1, jak i 2.

Ponadto Izba zważa, że wykonawca Mon-Bud sp. z o.o. w swoich wyjaśnieniach co do rażąco niskiej ceny (w części 1 i 2) wskazywał na utylizację płyt azbestowo-cementowych oraz papy (zgodnie z wezwaniem do wyjaśnień – pkt 6).

Biorąc pod uwagę zapisy SWZ (rozdział VI ust. 3 SWZ): „Wykonawca, zamierzający powierzyć wykonanie części zamówienia podwykonawcy, wskazuje w ofercie części zamówienia, których wykonanie zamierza powierzyć podwykonawcom, oraz podaje nazwy ewentualnych podwykonawców, jeżeli są już znani”, a także brak wskazania przez wykonawcę Mon-Bud sp. z o.o. w formularzu ofertowym (załącznik nr 1.1 i 1.2 do SWZ) zarówno w części 1 i 2, że zamierza powierzyć wykonanie jakiegokolwiek części zamówienia podwykonawcy, oznacza, jak słusznie zauważył Odwołujący, że wykonawca Mon-Bud sp. z o.o. powinien być wytwórcą odpadu o kodzie 17 06 01* Materiały izolacyjne zawierające azbest oraz o kodzie 17 06 05* Materiały budowlane zawierające azbest lub wykonawcą „transportującym odpady” o kodzie 17 06 01* Materiały izolacyjne zawierające azbest oraz o kodzie 17 06 05* Materiały budowlane zawierające azbest. Jednakże, wykonawca Mon-Bud sp. z o.o. nie znajduje się w Bazie Danych Odpadowych (BDO) w zakresie wytwórców odpadów (materiały izolacyjne i budowlane) zawierających azbest, na co zwrócił uwagę Odwołujący, przedstawiając dowód w postaci wydruku z Bazy Danych Odpadowych (dział XII. Wytwórca odpadów zobowiązany do prowadzenia ewidencji odpadów niepodlegających obowiązkowi uzyskania pozwolenia na wytwarzanie odpadów albo pozwolenia zintegrowanego), a Zamawiający powyższemu nie zaprzeczył na rozprawie. Oznacza to, zdaniem Izby, że wykonawca Mon-Bud sp. z o.o., niebędący wytwórcą odpadów zawierających azbest, chciał skorzystać z podwykonawcy, to powinien ująć w złożonej kalkulacji na wezwanie Zamawiającego koszt wynagrodzenia tegoż podwykonawcy, czego nie uczynił. Pozostałe dowody wniesione przez Odwołującego na rozprawie nie mają, zdaniem Izby, znaczenia dla rozstrzygnięcia przedmiotowego postępowania.

Izba chciałaby w tym miejscu podkreślić, że zgadza się z Zamawiającym, że ustawa PZP nie zabrania zlecenia prac podwykonawcy na etapie realizacji umowy. Jednakże Zamawiający w ogóle nie zauważa i pomija fakt, że w przypadku, gdy oferta wykonawcy realizującego roboty budowlane nie zawierała wskazania części, którą na etapie realizacji zamówienia zamierza on powierzyć podwykonawcy, co do zasady oznacza zobowiązanie się wykonawcy do samodzielnego realizowania zamówienia. Zmiana w tym zakresie traktowana będzie wówczas jako zmiana umowy na podstawie art. 455 ust. 1 pkt 1 ustawy PZP. Konfrontując to z projektowanymi (istotnymi) postanowieniami umowy (załącznik nr 4 do SWZ) w § 10 (Zmiany umowy) brak jest jakichkolwiek zapisów umożliwiających zlecenie prac podwykonawcy na etapie realizacji umowy. Izba zwraca dodatkowo uwagę, że również § 8 dotyczący podwykonawców dotyczył wyłącznie oferentów, którzy powierzyli wykonanie części robót podwykonawcom zgodnie ze złożoną ofertą.

Izba dodatkowo zważa, że stwierdzenie Zamawiającego, iż: „Zarzut podniesiony w pkt 15.4 odwołania dot. zaniżonej ceny za utylizację azbestu wydaje się również bezpodstawny. Jak wynika z cennika Zakładu Gospodarki Komunalnej w Bartoszycach tj. jednostki, która jako jedna z nielicznych na terenie woj. warmińsko - mazurskiego zajmuje się utylizacją azbestu, cena za utylizację 1 tony azbestu wynosi 240 zł netto (dowód stanowi załącznik Nr 1 do niniejszego pisma)”, ma to znaczenie, że Zamawiający tak naprawdę „wyręcza” wykonawcę Mon-Bud sp. z o.o. z wykazania, że jego oferta nie zawiera rażąco niskiej ceny.

Izba wskazuje, że zgodnie z art. 224 ust. 5 ustawy PZP, obowiązek wykazania, że oferta nie zawiera rażąco niskiej ceny lub kosztu spoczywa na wykonawcy, co oznacza, że obowiązek ten spoczywa na wykonawcy, a nie na Zamawiającym. Potwierdza to również wyrok Krajowej Izby Odwoławczej z dnia 30 marca 2021 r., sygn. akt KIO 436/21: *„Zamawiający natomiast w odpowiedzi na odwołanie, z enigmatycznych wyjaśnień wykonawcy (...) wyprowadził własne uzasadnienie oferowanych cen (...), w istocie bazując na swojej własnej wiedzy, a nie na złożonych wyjaśnieniach. (...) zamawiający, wbrew postanowieniom art. 90 ust. 2 ZamPublU - przejął na siebie obowiązek uzasadnienia prawidłowości ceny oferty wykonawcy (...) Sam fakt uruchomienia procedury z art. 90 ust. 1 ZamPublU potwierdza, że zamawiający powziął wątpliwości co do realności cen wezwanego wykonawcy, które w konsekwencji, bez wyjątku wymagają wyjaśnienia w myśl wskazań danej normy i oceny tychże wyjaśnień. Zgłoszone dowody odnoszą się ogólnej wiedzy zamawiającego na temat kształtowania się cen danych usług, a nie do enigmatycznych wyjaśnień wykonawcy (...). Można rzec, zamawiający "wyręcza" wykonawcę”.*

Nadto Izba nie odnosiła się do innych postępowań o udzielenie zamówienia publicznego, gdyż przedmiotem rozpoznania przed Izbą są czynności i zaniechania Zamawiającego w danym postępowaniu. Poza tym, zaakcentowanie przez Zamawiającego na rozprawie o wizji lokalnej dokonanej przez wykonawcę Mon-Bud sp. z o.o., nie ma, w ocenie Izby, znaczenia dla rozstrzygnięcia przedmiotowego postępowania.

Mając powyższe na uwadze i całokształt sprawy, Izba doszła do przekonania, że Zamawiający naruszył art. 226 ust. 1 pkt 8 ustawy PZP w związku z art. 224 ust. 6 ustawy PZP poprzez zaniechanie odrzucenia oferty wykonawcy Mon-Bud sp. z o.o. zarówno w części 1 i 2 jako oferty złożonej w warunkach rażąco niskiej ceny w stosunku do przedmiotu zamówienia, ponieważ po pierwsze wykonawca Mon-Bud sp. z o.o. w wyjaśnieniach co do rażąco niskiej ceny nie uwzględnił kosztów, o których Izba wskazała powyżej w uzasadnieniu, a po drugie nie udowodnił, tj. nie przedstawił żadnych dowodów, zgodnie z wymogiem art. 224 ust. 1 w związku z art. 224 ust. 2 pkt 1 ustawy PZP, uzasadniających, że kalkulacja kosztów jest prawidłowa i że jest w stanie wykonać przedmiot zamówienia za zaoferowaną cenę.

Tym samym, w ocenie Izby, oferta wykonawcy Mon-Bud sp. z o.o. zawiera rażąco niską cenę w stosunku do przedmiotu zamówienia zarówno w części 1, jak i 2.

O kosztach postępowania odwoławczego orzeczono na podstawie art. 574 i 575 ustawy Prawo zamówień publicznych oraz § 2 ust. 2 pkt 1 w zw. z § 5 pkt 2 lit. a, b i d, w zw. z § 7 ust. 1 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. 2020 r. poz. 2437), obciążając kosztami postępowania Zamawiającego.

Wobec powyższego orzeczono, jak w sentencji.

Przewodniczący: