

WYROK
z dnia 13 lipca 2021 r.

Krajowa Izba Odwoławcza – w składzie:

Przewodniczący: Anna Packo

Protokolant: Adam Skowroński

po rozpoznaniu na rozprawie w dniu 12 lipca 2021 r., w Warszawie, odwołania wniesionego do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej w dniu 21 kwietnia 2021 r. przez wykonawcę

L. W. prowadzącego działalność gospodarczą pod nazwą P.H.U. „Complex” L. W. z siedzibą w Żorach

w postępowaniu prowadzonym przez

Spółkę Restrukturyzacji Kopalń Spółkę akcyjną z siedzibą w Bytomiu

przy udziale wykonawców:

A. **ENERGOKON-PLUS Spółki z ograniczoną odpowiedzialnością z siedzibą w Sosnowcu** zgłaszającego przystąpienie do postępowania odwoławczego po stronie odwołującego,

B. wspólnie ubiegających się o udzielenie zamówienia **Fobud Spółki z ograniczoną odpowiedzialnością z siedzibą w Markłowicach oraz A. Ś. prowadzącego działalność gospodarczą pod nazwą Spec-BUD A. Ś. z siedzibą w Turzy Śląskiej** zgłaszających przystąpienie do postępowania odwoławczego po stronie zamawiającego

orzeka:

- 1. umarza postępowanie odwoławcze w zakresie zarzutów dotyczących wykonawców P. D. i A. D. wspólników spółki cywilnej, prowadzących działalność pod nazwą GRANI-TEC D. P. i D. A. spółka cywilna z siedzibą w Rybniku,**
- 2. oddala odwołanie w pozostałym zakresie,**

3. kosztami postępowania obciąża L. W. prowadzącego działalność gospodarczą pod nazwą P.H.U. „Complex” L. W. i:

3.1. zalicza w poczet kosztów postępowania odwoławczego kwotę 10 000 zł 00 gr (słownie: dziesięć tysięcy złotych zero groszy) uiszczoną przez L. W. prowadzącego działalność gospodarczą pod nazwą P.H.U. „Complex” L. W. tytułem wpisu od odwołania,

3.2. zasądza od L. W. prowadzącego działalność gospodarczą pod nazwą P.H.U. „Complex” L. W. na rzecz wykonawców wspólnie ubiegających się o udzielenie zamówienia Fobud Spółki z ograniczoną odpowiedzialnością oraz A. Ś. prowadzącego działalność gospodarczą pod nazwą Spec-BUD A. Ś. kwotę 3 600 zł 00 gr (słownie: trzy tysiące sześćset złotych zero groszy) stanowiącą koszty postępowania odwoławczego poniesione z tytułu wynagrodzenia pełnomocnika.

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. prowadzi postępowanie o udzielenie zamówienia publicznego na *likwidację obiektów powierzchniowych wraz z wyposażeniem i przyłączami w obrębie byłego Szybu „Mieszko” byłej KWK „Mysłowice” w Mysłowicach dla Spółki Restrukturyzacji Kopalń S.A. w Bytomiu Oddział w Dąbrowie Górniczej KWKCL* na podstawie ustawy z dnia 29 stycznia 2004 r. Prawo zamówień publicznych (t.j. Dz. U. z 2019 r. poz. 1843 z późn. zm.), w trybie przetargu nieograniczonego.

Ogłoszenie o zamówieniu zostało zamieszczone 30 grudnia 2020 r. w Biuletynie Zamówień Publicznych pod numerem 776183. Wartość zamówienia jest mniejsza niż kwoty określone na podstawie art. 11 ust. 8 ustawy Prawo zamówień publicznych.

I Stanowisko Odwołującego

Odwołujący – L. W. prowadzący działalność gospodarczą pod nazwą P.H.U. „Complex” L. W. wniósł odwołanie zarzucając Zamawiającemu naruszenie:

1. art. 89 ust. 1 pkt 4 w zw. z art. 90 ust. 2 i 3 ustawy Prawo zamówień publicznych poprzez zaniechanie odrzucenia oferty wykonawców wspólnie ubiegających się o udzielenie zamówienia Fobud Sp. z o.o. i A. Ś. prowadzącego działalność gospodarczą pod nazwą Spec-BUD A. Ś., zwanych dalej „Konsorcjum Fobud” oraz oferty wykonawców P. D. i A. D. wspólników spółki cywilnej, prowadzących działalność pod nazwą GRANI-TEC D. P. i D. A. spółka cywilna, zwanych dalej „GRANI-TEC” jako ofert zawierających rażąco niską cenę, podczas gdy treść udzielonych przez ww. wykonawców wyjaśnień potwierdza, że oferty zawierają rażąco niską cenę z powodu przyczyn wskazanych w uzasadnieniu niniejszego odwołania,

2. art. 90 ust. 1 w zw. z art. 7 ust. 1 i 3 ustawy Prawo zamówień publicznych poprzez ponowne zwrócenie się do Konsorcjum Fobud oraz GRANI-TEC, pismem z 22 lutego 2021 r., z wezwaniem do złożenia dalszych wyjaśnień dotyczących sposobu kalkulacji ceny oferty oraz dowodów w sytuacji, gdy treść uprzednio udzielonych lakonicznych i gołosłownych wyjaśnień (w odpowiedzi na wezwanie z 27 stycznia 2020 r.) nie obejmowała informacji wymaganych przez Zamawiającego oraz stosownych dowodów, zaś w konsekwencji nie potwierdzała braku rażąco niskiej ceny w ofertach ww. wykonawców,

3. art. 91 ust. 1 ustawy Prawo zamówień publicznych poprzez dokonanie wyboru oferty Konsorcjum Fobud jako oferty najkorzystniejszej w niniejszym postępowaniu, podczas gdy ww. oferta podlega odrzuceniu.

Odwołujący wniósł o nakazanie Zamawiającemu:

1. unieważnienia czynności wyboru oferty najkorzystniejszej,
2. odrzucenia oferty Konsorcjum Fobud,
3. odrzucenia oferty GRANI-TEC,
4. powtórzenia czynności oceny ofert i wyboru oferty najkorzystniejszej.

W uzasadnieniu odwołania Odwołujący wskazał, że w postępowaniu złożono 14 ofert, w tym Konsorcjum Fobud zaoferowało cenę 600.000,00 zł brutto, a GRANI-TEC 861.000,00 zł brutto. Zamawiający poinformował, że na sfinansowanie zamówienia zamierza przeznaczyć kwotę 250.809,00 zł brutto. Następnie, w wyniku aukcji elektronicznej wykonawcy obniżyli ceny swoich ofert, odpowiednio do kwoty 205.000,00 zł brutto (Konsorcjum Fobud) oraz 210.000,00 zł brutto (GRANI-TEC).

Przed przystąpieniem do aukcji elektronicznej Zamawiający dwukrotnie zwracał się do Konsorcjum Fobud oraz GRANI-TEC z wezwaniem w trybie art. 90 ust. 1 ustawy Prawo zamówień publicznych do wyjaśnienia elementów oferty mających wpływ na wysokość ceny. Pierwsze wezwanie z 27 stycznia 2021 r. zawierało wymóg wskazania elementów oferty mających wpływ na wysokość ceny oraz rodzaju i wysokości kosztów realizacji poszczególnych elementów. Zamawiający zaznaczył, że wyjaśnienia i dowody powinny dotyczyć w szczególności takich elementów jak: oszczędność metody wykonania zamówienia; wybrane rozwiązania techniczne; wyjątkowo sprzyjające warunki wykonania zamówienia dostępne wykonawcy; koszy pracy, z zastrzeżeniem, iż ich wartość przyjęta do ustalenia ceny nie może być niższa od minimalnego wynagrodzenia za pracę albo minimalnej stawki godzinowej, ustalonych na podstawie art. 2 ust. 5 ustawy z dnia 10 października 2002 r. o minimalnym wynagrodzeniu za pracę; pomocy publicznej udzielonej na podstawie odrębnych przepisów; wynikających z przepisów prawa pracy i przepisów o zabezpieczeniu społecznym, obowiązujących w miejscu, w którym realizowane jest zamówienie; wynikające z przepisów prawa ochrony środowiska, powierzenie wykonania części zamówienia podwykonawcy. Zamawiający zastrzegł, iż w wyjaśnieniach należy podać wszelkie obiektywne czynniki odnoszące się do elementów oferty i mające znaczenie dla należytej realizacji zamówienia. Należy podać elementy oferty mające wpływ na wysokość ceny oraz rodzaje i wysokość kosztów realizacji poszczególnych elementów. Zamawiający zaznaczył także, że wyjaśnienia mają zawierać element kalkulacyjny. Wezwanie zawierało zastrzeżenie, zgodnie z którym wykonawca obowiązany był wykazać i udowodnić, że przyjęta do ustalenia ceny oferty wartość kosztów pracy (bez względu na formę zatrudnienia nie jest niższa od minimalnego wynagrodzenia za pracę albo minimalnej stawki godzinowej, ustalonych na podstawie przepisów ustawy z dnia 10 października 2002 r. o minimalnym wynagrodzeniu za pracę.

W związku z tym, że wyjaśnienia złożone 1 lutego 2021 r. przez Konsorcjum Fobud oraz GRANI-TEC były lakoniczne, zaś wykonawcy nie złożyli żadnych dowodów świadczących o prawidłowości przeprowadzonej kalkulacji, pismem z 22 lutego 2021 r. Zamawiający ponownie zwrócił się z wezwaniem o dodatkowe wyjaśnienia elementów oferty mających wpływ na wysokość ceny.

Następnie, po przeprowadzeniu aukcji elektronicznej, pismem z 18 marca 2021 r., Zamawiający ponownie zwrócił się do Konsorcjum Fobud oraz wykonawcy GRANI-TEC z wezwaniem w trybie art. 90 ust. 1 ustawy Prawo zamówień publicznych. Wezwanie zawierało wymóg wskazania elementów oferty mających wpływ na wysokość ceny oraz rodzaju i wysokości kosztów realizacji poszczególnych elementów. Zamawiający zaznaczył, że wyjaśnienia powinny dotyczyć w szczególności takich elementów jak: oszczędność metody wykonania zamówienia; wybrane rozwiązania techniczne; wyjątkowo sprzyjające warunki wykonania zamówienia dostępne wykonawcy; koszty pracy, z zastrzeżeniem, iż ich wartość przyjęta do ustalenia ceny nie może być niższa od minimalnego wynagrodzenia za pracę albo minimalnej stawki godzinowej, ustalonych na podstawie art. 2 ust. 5 ustawy z dnia 10 października 2002 r. o minimalnym wynagrodzeniu za pracę; pomoc publiczna udzielona na podstawie odrębnych przepisów; wynikające z przepisów prawa pracy i przepisów o zabezpieczeniu społecznym, obowiązującym w miejscu, w którym realizowane jest zamówienie; wynikające z przepisów prawa ochrony środowiska; powierzenie wykonania części zamówienia podwykonawcy. Zamawiający zastrzegł, iż na wszystkie wyżej wymienione okoliczności wykonawca winien bezwzględnie przedstawić dowody potwierdzające wpływ na wysokość ceny. Ponadto w wyjaśnieniach należało podać wszelkie obiektywne czynniki odnoszące się do elementów oferty i mające znaczenie dla należytej realizacji zamówienia. Należało podać elementy oferty mające wpływ na wysokość ceny oraz rodzaje i wysokość kosztów realizacji poszczególnych elementów, tj. koszt robocizny, koszt materiałów, koszt sprzętu oraz cenę jednostkową za wyburzenie 1 m³ z uwzględnieniem wszystkich ponoszonych kosztów, w tym koszty uporządkowania terenu. Wyjaśnienia miały zawierać element kalkulacyjny. Wykonawca był zobowiązany podać koszty pracy, jakie zostały przyjęte w cenie ofertowej, w tym miesięcznie na jedną osobę zatrudnioną przy wykonywaniu zamówienia, a także uzasadnienie, dlaczego skalkulowano je w takim wymiarze. Zgodnie z wezwaniem wykonawca obowiązany był wykazać i udowodnić, że przyjęta do ustalenia ceny oferty wartość kosztów pracy (bez względu na formę zatrudnienia – umowa o pracę lub umowa cywilnoprawna) nie jest niższa od minimalnego wynagrodzenia za pracę albo minimalnej stawki godzinowej, ustalonych na podstawie przepisów ustawy z dnia 10 października 2002 r. o minimalnym wynagrodzeniu za pracę, zgodnie z rozporządzeniem Rady Ministrów z dnia 15 września 2020 r. w sprawie wysokości

minimalnego wynagrodzenia za pracę oraz wysokości minimalnej stawki godzinowej w 2021 r.

W odpowiedzi na wezwanie z 27 stycznia 2021 r. Konsorcjum Fobud udzieliło wyjaśnień, które miały charakter lakoniczny oraz nie zawierały żadnych dowodów. Znalazło to odzwierciedlenie w dodatkowym wezwaniu z 22 lutego 2021 r., zgodnie z którym wykonawca złożył lakoniczne wyjaśnienia oświadczając jedynie, że „firma posiada bogate doświadczenie w dziedzinie likwidacji (...) przedłożona kalkulacja kosztów robót przyjętych do oferty uwzględnia wszystkie koszty realizacji zadania ujęte w programie funkcjonalno-użytkowym”. Wykonawca nie złożył żadnych dowodów świadczących o prawidłowości przeprowadzonej kalkulacji. Wyjaśnienia co do oszczędności metody wykonania zamówienia, wybranych rozwiązań technicznych (w kalkulacji kosztów wykonawca przedstawił, iż pracować będą 2 koparki różnego rodzaju) oraz wyjaśnienia co do wyjątkowo sprzyjających warunków wykonania zamówienia są lakoniczne i brak jest jakichkolwiek dowodów.

Zamawiający postąpił wbrew regulacji art. 90 ust. 1-3 ustawy Prawo zamówień publicznych, bowiem zamiast dokonać odrzucenia oferty Konsorcjum Fobud zgodnie z art. 89 ust. 1 pkt 4 ustawy Prawo zamówień publicznych zwrócił się z ponownym wezwaniem do wyjaśnienia sposobu kalkulacji ceny oferty.

Nie ma przeszkód do ponownego wezwania wykonawcy do złożenia wyjaśnień, jeżeli pierwotne wyjaśnienia nie rozwiązały wątpliwości zamawiającego związanych z rażąco niską ceną, jednakże wyłącznie w przypadku, kiedy pierwotnie udzielone wyjaśnienia wymagają doprecyzowania czy uszczegółowienia. W przeciwnym razie ponowne wezwanie do złożenia wyjaśnień skutkowałoby przywróceniem wykonawcy terminu na dokonanie czynności złożenia wyjaśnień i dowodów w sytuacji, gdy wykonawca składa wyjaśnienia ogólne, nierzeczowe, niepoparte faktami, postępuje wbrew obowiązkowi wynikającemu z art. 90 ust. 2 ustawy Prawo zamówień publicznych. Miara należytej staranności oczekiwanej od wykonawcy zakłada, aby na pierwsze wezwanie zamawiającego w sposób rzetelny wyjaśnić okoliczności, które uzasadniają wysokość ceny oferty. Ponowne wezwanie wykonawcy do uszczegółowienia i skonkretyzowania ogólnikowych twierdzeń podanych wcześniej w sytuacji, gdy wykonawca nie podał informacji żądanych przez zamawiającego, prowadzi bowiem do obejścia prawa i naruszenia zasady uczciwej konkurencji i równego traktowania wykonawców.

Już w wezwaniu do wyjaśnień z 27 stycznia 2021 r. Zamawiający dokładnie określił zakres oczekiwanych wyjaśnień oraz obowiązek złożenia tych wyjaśnień wraz z dowodami. Stąd też, dysponując ogólnikowymi i gołosłownymi wyjaśnieniami Konsorcjum Fobud z 1 lutego 2021 r., był zobligowany do odrzucenia tej oferty i nie był upoważniony do kierowania dalszych wezwań o udzielenie wyjaśnień. Ponowienie wezwania nie może stanowić „ratowania” oferty wówczas, gdy wykonawca składa wyjaśnienia zbyt ogólne, niekonkretne,

nierzeczowe, nieoparte faktami, wykonawca ma bowiem obowiązek dołożyć wszelkich starań, aby na pierwsze wezwanie zamawiającego rzetelnie wyjaśnić okoliczności, które uzasadniają wysokość ceny jego oferty. Zamawiający nie może wzywać wykonawcy kilkakrotnie do uszczegółowienia i skonkretyzowania ogólnikowych twierdzeń podanych wcześniej, prowadziłoby to bowiem do naruszenia zasady uczciwej konkurencji i równego traktowania wykonawców poprzez sugerowanie wykonawcy, jakie wyjaśnienia powinien ostatecznie złożyć.

Wyjaśnienia przedstawione przez Konsorcjum Fobud w odpowiedzi na dodatkowe wezwanie z 22 lutego 2021 r. w dalszym ciągu nie potwierdzają, że zaoferowana cena nie jest rażąco niska. Skoro w dodatkowym wezwaniu Zamawiający sam wspomniał, że w odpowiedzi na pierwsze wezwanie Konsorcjum Fobud przedstawiło wyjaśnienia lakoniczne oraz nie złożyło żadnych dowodów świadczących o prawidłowości przeprowadzonej kalkulacji, to obowiązkiem Zamawiającego było dokonanie odrzucenia oferty na podstawie art. 89 ust. 1 pkt 4 ustawy Prawo zamówień publicznych, nie zaś formułowanie kolejnego wezwania.

Analiza wyjaśnień złożonych przez Konsorcjum Fobud w piśmie z 23 marca 2021 r. (w odpowiedzi na wezwanie z 18 marca 2021 r.) prowadzi do wniosku, iż żaden z powołanych czynników mających wpływ na możliwość obniżenia ceny nie stanowi w istocie uwarunkowania wyjątkowego, dostępnego dla tego wykonawcy i wyłącznie jemu dostępnego. Spośród wykonawców, którzy ubiegają się o udzielenie zamówienia, większość stanowią przedsiębiorcy, których park maszynowy i budowlany stanowi własność członków konsorcjum, a ich pracownicy posiadają odpowiednie uprawnienia. Ponadto również pozostali wykonawcy posiadają wieloletnie doświadczenie w przeprowadzaniu robót rozbiórkowych. Wykonanie podobnych prac nie jest sprzyjającym elementem mającym wpływ na cenę. Każdy z wykonawców może pochwalić się wykonaniem podobnych prac aktualnie lub w przeszłości. To samo dotyczy posiadania własnych materiałów; sprzętu oraz zaplecza socjalnego, w tym w szczególności ogrodzenia oraz kontenerów socjalnych, niezbędnych do zabezpieczania robót rozbiórkowych.

Odwołujący wymienił elementy, które, w jego ocenie, świadczą o istnieniu rażąco niskiej ceny w ofercie Konsorcjum Fobud:

- 1) brak uwzględnienia w cenie oferty oraz brak wykazania wysokości kosztów związanych z likwidacją przyłączy – element przedmiotu zamówienia zgodnie z PFU,
- 2) brak uwzględnienia w cenie oferty oraz brak wykazania wysokości kosztów związanych z szkoleniem pracowników w zakresie BHP,
- 3) brak uwzględnienia w cenie oferty oraz brak wykazania wysokości kosztów związanych z dojazdem pracowników na budowę,

- 4) brak uwzględnienia w cenie oferty oraz brak wykazania wysokości kosztów związanych z zabezpieczeniem materiałów, złomu i urządzeń (ochrona terenu budowy stanowi element świadczenia wykonawcy – zgodnie z OPZ),
- 5) brak uwzględnienia w cenie oferty oraz brak wykazania wysokości kosztów związanych z zapleczem budowy (kontener, kabina WC oraz media),
- 6) brak uwzględnienia w cenie oferty oraz brak wykazania wysokości kosztów związanych z ewentualną wycinką drzew wraz z uzgodnieniami,
- 7) brak uwzględnienia w cenie oferty oraz brak wykazania wysokości kosztów związanych z obsianiem terenu po rozbiórce mieszanką traw,
- 8) brak uwzględnienia w cenie oferty oraz brak wykazania wysokości kosztów związanych z zakupem i dostawą materiału do zasypu. Zgodnie z PFU zakres prac budowlanych obejmuje między innymi zasypanie wykopów po rozebranych fundamentach; Konsorcjum Fobud w wyjaśnieniach z 1 lutego 2021 r. uwzględniło w kalkulacji zakup piasku oraz kruszywa – wnioskować można, iż z uwagi na ograniczoną ilość środków finansowych wykonawca w kalkulacji z 23 marca 2021 r. pominął koszt zakupu i dostawy materiału zasypowego,
- 9) brak uwzględnienia w cenie oferty oraz brak wykazania wysokości kosztów administracyjnych oraz kosztów pośrednich (5%); w kalkulacji z 1 lutego 2021 r. Konsorcjum Fobud uwzględniło wspomniane koszty,
- 10) w wyjaśnieniach z 1 lutego 2021 r. Konsorcjum Fobud przyjęło na wykonanie prac projektowych kwotę 35.146,73 zł netto, natomiast w kalkulacji z 23 marca 2021 r. obniżyło tę kwotę do 14.000,00 zł netto i nie wyjaśniło, dlaczego obniżyło koszty wykonania tego zakresu prac o 21.146,73 zł netto,
- 11) nie przedstawiono dowodu na utylizację gruzu i innych odpadów (papa, szkło, drewno, odpady ogólnobudowlane); Zamawiający nie miał możliwości oceny zadeklarowanych stawek za wywóz i utylizację odpadów, skoro nie posiada informacji w zakresie cen jednostkowych za utylizację papy i szkła, gruzu itp. oraz miejsca, gdzie odpad ma być transportowany; z wyjaśnień nie wynika, czy podane ceny utylizacji papy, szkła, drzwi zawierają koszt transportu,
- 12) wyjaśnienia nie zawierają elementu kalkulacyjnego, są ogólnikowe oraz nieprecyzyjne, brak jest możliwości ustalenia, co wchodzi w zakres poszczególnych elementów np: jakie prace przygotowawcze; kto wykona transport, na jakim odcinku, jaki jest koszt samochodu; gdzie zostaną wywiezione odpady i za jaką kwotę zostaną utylizowane; jaki jest koszt pracy koparek,
- 13) w wyjaśnieniach brak jest jakichkolwiek dowodów na potwierdzenie kosztów: utylizacji odpadów, zakupu i dostawy ziemi, zakupu i dostawy materiału do zasypu, wykonania operatu geodezyjnego.

W odpowiedzi na pierwsze wezwanie do wyjaśnienia treści oferty z 27 stycznia 2021 r. wykonawca GRANI-TEC udzielił wyjaśnień, które miały charakter lakoniczny oraz nie zawierały żadnych dowodów. Znalazło to odzwierciedlenie w dodatkowym wezwaniu z 22 lutego 2021 r., zgodnie z którym wykonawca na wezwanie Zamawiającego złożył lakoniczne wyjaśnienia oświadczając jedynie, że w celu uzyskania oszczędności wykonania zamówienia przyjęto metodę mechaniczną, rozwiązania techniczne przyjęte do wykonania zamówienia umożliwiają prowadzenie robót w sposób bezpieczny i w krótkim czasie, sprzyjającymi warunkami wykonania zamówienia jest fakt, że wokół likwidowanych obiektów jest dużo miejsca dla pracy sprzętem ciężkim. Wykonawca nie złożył żadnych dowodów świadczących o prawidłowości przeprowadzonej kalkulacji. Wyjaśnienia co do oszczędności metody wykonania zamówienia, wyjaśnienia co do wybranych rozwiązań technicznych oraz wyjaśnienia co do wyjątkowo sprzyjających warunków wykonania zamówienia są lakoniczne – brak jest jakichkolwiek dowodów.

Zamawiający postąpił wbrew regulacji art. 90 ust. 1-3 ustawy Prawo zamówień publicznych, bowiem zamiast dokonać odrzucenia oferty GRANI-TEC na zasadzie art. 89 ust. 1 pkt 4 ustawy Prawo zamówień publicznych, zwrócił się z ponownym wezwaniem do wyjaśnienia sposobu kalkulacji ceny oferty. Treść dodatkowego wezwania z 22 lutego 2021 r. świadczy o tym, że Zamawiający nie miał wątpliwości, że w odpowiedzi na pierwotne wezwanie otrzymał od wykonawcy GRANI-TEC jedynie lakoniczne wyjaśnienia pozbawione jakichkolwiek dowodów.

Zdaniem Odwołującego oferta GRANI-TEC podlega odrzuceniu na podstawie art. 89. ust. 1 pkt 4 ustawy Prawo zamówień publicznych z powodu rażąco niskiej ceny. Ogólnikowa i gołosłowna treść przedstawionych Zamawiającemu „wyjaśnień” nie pozwala uznać, że wykonawca GRANI-TEC będzie mógł prawidłowo zrealizować przedmiot zamówienia, w szczególności:

1) wszystkie wyjaśnienia wykonawcy (z 1 lutego 2021 r., 25 lutego 2021 r. i 23 marca 2021 r.) są ogólnikowe, gołosłowne i nie poparte żadnymi dowodami potwierdzającymi wpływ poszczególnych czynników na wysokość ceny; za każdym razem wykonawca składa wyjaśnienia, jak gdyby nie zależało mu na uzyskaniu tego zamówienia, nie odnosi się szczegółowo do wezwań Zamawiającego; ponadto, w odpowiedzi na wezwanie z 22 lutego 2021 r. wykonawca ponownie nie załączył żadnych dowodów na potwierdzenie zaoferowanej ceny,

2) w odpowiedzi na wezwanie z 18 marca 2021 r. wykonawca nie wyciągnął wniosków i ponownie złożył ogólnikowe, gołosłowne wyjaśnienia nie odnosząc się w ogóle do treści wezwania; w wezwaniu Zamawiający wskazał, iż wykonawca winien bezwzględnie przedstawić dowody potwierdzające wpływ na wysokość ceny, czego GRANI-TEC nie uczynił,

- 3) Zgodnie z treścią wyjaśnień z 23 marca 2021 r. wykonawca nie udzielił informacji, na jakiej podstawie i co wpłynęło na skrócenie terminu realizacji o 5 dni (brak uzasadnienia),
- 4) brak uwzględnienia w cenie oferty oraz brak wykazania wysokości kosztów związanych z likwidacją przyłączy – zgodnie z PFU,
- 5) brak uwzględnienia w cenie oferty oraz brak wykazania wysokości kosztów związanych ze szkoleniem pracowników w zakresie BHP,
- 6) brak uwzględnienia w cenie oferty oraz brak wykazania wysokości kosztów związanych z dojazdem pracowników na budowę,
- 7) Brak uwzględnienia w cenie oferty oraz brak wykazania wysokości kosztów związanych z zabezpieczeniem materiałów, złomu i urządzeń (ochrona terenu budowy),
- 8) brak uwzględnienia w cenie oferty oraz brak wykazania wysokości kosztów związanych z zapleczem budowy (kontener, kabina WC oraz media),
- 9) brak uwzględnienia w cenie oferty oraz brak wykazania wysokości kosztów związanych z ewentualną wycinką drzew wraz z uzgodnieniami,
- 10) brak uwzględnienia w cenie oferty oraz brak wykazania wysokości kosztów związanych z obsianiem mieszanką traw,
- 11) brak uwzględnienia w cenie oferty oraz brak wykazania wysokości kosztów związanych z zakupem i dostawą materiału do zasypu; zgodnie z PFU zakres prac budowlanych obejmuje między innymi zasypanie wykopów po rozebranych fundamentach,
- 12) brak dowodu na utylizację gruzu; firma nie przedstawiła Zamawiającemu żadnego dowodu potwierdzającego, gdzie oraz za jaką kwotę zostanie zutylizowany ten odpad; ta sama sytuacja dotyczy innych odpadów (papa, szkło, drewno, odpady ogólnobudowlane); nie wiadomo, na jakiej podstawie Zamawiający ocenił przedstawione kwoty za wywóz i utylizację odpadów, skoro nie posiada informacji w zakresie cen jednostkowych za utylizację papy, szkła, gruzu itp. oraz miejsca, gdzie odpad ma być transportowany,
- 13) brak uwzględnienia w cenie oferty oraz brak wykazania wysokości kosztów związanych z transportem odpadów,
- 14) brak uwzględnienia w cenie oferty oraz brak wykazania wysokości kosztów związanych z wykonaniem operatu geodezyjnego,
- 15) wyjaśnienia nie zawierają elementu kalkulacyjnego, są ogólnikowe i nieprecyzyjne; Zamawiający żądał, aby wyjaśnienia zawierały element kalkulacyjny. Z przedstawionej kalkulacji z 23 marca 2021 r. brak jest możliwości ustalenia, co wchodzi w zakres poszczególnych elementów, w tym: roboty porządkowe; transport sprzętu – kto wykona transport, na jakim odcinku, jaki jest koszt samochodu (podano gołostownie kwotę 6.000 zł); utylizacja odpadów (papa, szkło, drewno gruz i inne) – nie wiadomo, gdzie zostaną wywiezione odpady i za jaką kwotę zostaną zutylizowane, wykonanie operatu geodezyjnego. W związku z powyższym nie ujęte koszty przewyższają zakładany zysk w wysokości

5.716,40 zł brutto. Wyjaśnienia wykonawcy GRANI-TEC nadal są lakoniczne, nieprecyzyjne i nie zawierają elementów kalkulacyjnych.

Wyjaśnienia wykonawcy, udzielone w trybie art. 90 ust. 1 ustawy Prawo zamówień publicznych, nie mogą mieć charakteru ogólnego, nie mogą ograniczać się do zapewnienia, że wykonawca będzie w stanie zrealizować zamówienie za podaną w ofercie cenę. Wykonawca, wezwany do udzielenia wyjaśnień, jest zobowiązany szczegółowo wskazać konkretne, dające się zweryfikować czynniki umożliwiające mu skalkulowanie ceny lub kosztu na niskim poziomie. Wykonawca powinien przedstawić, w jakim stopniu dany czynnik wpłynął na obniżenie ceny.

Skoro Konsorcjum Fobud oraz wykonawca GRANI-TEC zaniżyli lub pominęli szereg czynników kosztotwórczych składających się na koszty realizacji zamówienia, to Zamawiający nie miał podstaw do uznania, że oferty ww. wykonawców nie zawierają ceny rażąco niskiej. Wykonawcy ci nie przedłożyli jakichkolwiek istotnych dowodów potwierdzających rzetelność zaoferowanej ceny (w szczególności nie wykazali szczególnych okoliczności, które miałyby spowodować obniżenie ceny oferty), W miejsce dowodów, o których mowa w art. 90 ust. 1 ustawy Prawo zamówień publicznych, wykonawcy powołują się głośno na swoje zaplecze techniczne, doświadczenie i możliwości organizacyjne. Wyjaśnienia w zakresie ceny oferty lub ich istotnych części składowych powinny zostać rzetelnie opracowane oraz zawierać konkretne i wyczerpujące informacje. Wyjaśnienia Konsorcjum Fobud oraz wykonawcy GRANI-TEC zostały przedstawione w sposób lakoniczny. W pismach został zawarty zbiór informacji niepowiązanych ze sobą, nie wnoszących nic do sprawy przekazanych oświadczeń, nie popartych komentarzami i rzetelnymi dowodami. Wyjaśnienia stanowią podstawę do oceny w zakresie prawidłowości zaoferowanej ceny, zatem powinny rozwiewać wątpliwości Zamawiającego co do możliwości wykonania przedmiotu zamówienia zgodnie z wymaganiami określonymi w specyfikacji istotnych warunków zamówienia lub wynikającymi z odrębnych przepisów. Tym bardziej, że na mocy art. 90 ust. 3 ustawy Prawo zamówień publicznych zamawiający jest zobowiązany odrzucić ofertę wykonawcy, który nie udzielił wyjaśnień, lub jeżeli dokonana ocena złożonych przez wykonawcę wyjaśnień oraz dostarczonych dowodów potwierdzi, że oferta zawiera rażąco niską cenę lub koszt w stosunku do przedmiotu zamówienia.

W konsekwencji również czynność wyboru oferty najkorzystniejszej winna zostać unieważniona oraz powtórzona.

II Stanowisko Zamawiającego

W odpowiedzi na odwołanie z 18 maja 2021 r. Zamawiający uwzględnił w całości zarzuty Odwołującego i wniósł o umorzenie postępowania odwoławczego oraz nieobciążanie Zamawiającego kosztami postępowania odwoławczego.

III Stanowisko przystępującego ENERGOKON-PLUS Sp. z o.o.

Przystąpienie do postępowania odwoławczego po stronie odwołującego zgłosił wykonawca ENERGOKON-PLUS Sp. z o.o. wnosząc o uwzględnienie odwołania w całości.

IV Stanowisko przystępującego Konsorcjum Fobud

Przystąpienie do postępowania odwoławczego po stronie zamawiającego zgłosili wykonawcy wspólnie ubiegający się o udzielenie zamówienia Fobud Sp. z o.o. i A. Ś. prowadzący działalność gospodarczą pod nazwą Spec-BUD A. Ś. .

Przystępujący wniósł sprzeciw wobec uwzględnienia odwołania przez Zamawiającego – w zakresie zarzutów go dotyczących.

W odniesieniu do zarzutu dotyczącego lakonicznej rzekomo wypowiedzi Przystępującego, Przystępujący wskazał, iż w przesłanej Zamawiającemu w ramach procedury wyjaśniania ceny odpowiedzi z dnia 23 marca 2021 r. została przedstawiona rzetelna oraz całościowa kalkulacja kosztów; nie ma zatem żadnych podstaw, aby te wyjaśnienia uznawać za lakoniczne. Ponadto wyjaśnienia dotyczące oszczędności oraz potwierdzające ich okoliczności stwierdzały fakty skalkulowane w podsumowaniu.

W odniesieniu do zarzutu o braku podstaw do ponownego wezwania Przystępującego do wyjaśnienia ceny oferty, sam Odwołujący stwierdził, że może to nastąpić w przypadku, kiedy pierwotnie udzielone wyjaśnienia wymagają doprecyzowania czy uszczegółowienia. W realiach postępowania taki właśnie przypadek zaistniał, bowiem w odpowiedzi na ponowne wezwanie Przystępujący uszczegółowił właśnie część uprzednio już wyjaśnianych elementów oferty, załączając zestawienia środków trwałych dla konsorcjum wraz z potwierdzeniem kosztów pracy (zaświadczenia biura rachunkowego). Ponowne wezwanie nie stanowiło również, jak to twierdzi Odwołujący, „ratowania” oferty, ponieważ odpowiedź na ponowne wezwanie była podtrzymaniem oraz doprecyzowaniem poprzednich wyjaśnień Przystępującego.

W ocenie Przystępującego za nietrafiony należy uznać zarzut złożenia lakonicznych wyjaśnień w odpowiedzi na wezwanie Zamawiającego z 18 marca 2021 r. w zakresie kosztów pracy – albowiem w przedłożonej Zamawiającemu odpowiedzi została przedstawiona szczegółowa tabela kalkulacji kosztów wraz z opisem, dlaczego koszty pracy zostały skalkulowane w taki a nie inny sposób; ponadto została przedstawiona przybliżona stawka za wyburzenie 1 m³ z uwzględnieniem wszystkich ponoszonych przy tym kosztów.

Odwołujący zarzucił brak następujących elementów:

1) brak uwzględnienia w cenie oferty oraz brak wykazania wysokości kosztów związanych z likwidacją przyłączy – Przystępujący skalkulował te koszty w punkcie 8. oraz 9. zestawienia

dołączonego do odpowiedzi z 23 marca 2021 r., kalkulacja została poparta wizją lokalną, gdzie została stwierdzona mała ilość przyłączy do likwidacji,

2) brak uwzględnienia w cenie oferty oraz brak wykazania wysokości kosztów związanych ze szkoleniem pracowników w zakresie BHP – przy rozpoczynaniu każdej inwestycji szkolenie takie zostaje przeprowadzone przez kierownika na budowie, a koszty z tym związane skalkulowane są w kosztach działalności firmy; ponadto każdy zatrudniony pracownik posiada aktualne szkolenia okresowe, przeprowadzone przez jednostkę organizacyjną, która prowadzi działalność szkoleniową w dziedzinie bezpieczeństwa i higieny pracy,

3) brak uwzględnienia w cenie oferty oraz brak wykazania kosztów związanych z dojazdem pracowników na budowę – koszty te również skalkulowane są w kosztach działalności firmy, ponadto inwestycja zlokalizowana jest stosunkowo niedaleko miejsca działalności Przystępującego,

4) brak uwzględnienia w cenie oferty oraz brak wykazania wysokości kosztów związanych z zabezpieczeniem materiałów, złomu i urządzeń (ochrona terenu budowy stanowi element świadczenia wykonawcy – zgodnie z OPZ) – po odbyciu wizji lokalnej Przystępujący stwierdził, iż większość złomu oraz urządzeń została już skradziona, natomiast pozostały złom, po zdemontowaniu, zostanie bezpośrednio przetransportowany do inwestora,

5) brak uwzględnienia w cenie oferty oraz brak wykazania wysokości kosztów związanych z zapleczem budowy (kontener, kabina WC oraz media) – koszty zostały ujęte w punkcie 2. zestawienia dołączonego do wyjaśnień z 23 marca 2021 r.; ponadto biorąc pod uwagę możliwie szybki termin wykonania robót, koszty te będą znikome,

6) brak uwzględnienia w cenie oferty oraz brak wykazania wysokości kosztów związanych z ewentualną wycinką drzew wraz z uzgodnieniami – kwota ewentualnej wycinki drzew została przyjęta w punkcie 1. zestawienia, ponadto po odbyciu wizji lokalnej nie przewiduje się wycinki drzew,

7) brak uwzględnienia w cenie oferty oraz brak wykazania wysokości kosztów związanych z obsianiem terenu po rozbiórce mieszkanką traw – kwota ujęta w punkcie 12. zestawienia (prace porządkowe),

8) brak uwzględnienia w cenie oferty oraz brak wykazania wysokości kosztów związanych z zakupem i dostawą materiału do zasypu – Przystępujący posiada program gospodarowania odpadami, dzięki czemu jest możliwość transportu materiału do zasypu, jaki posiada na składzie firmy; w wyjaśnieniach z 1 lutego 2021 r. pozycja ta została skalkulowana, jednak po analizie wszystkich kosztów przez partnerów konsorcjum przed aukcją elektroniczną została stwierdzona możliwość zaoszczędzenia tego typu kosztów przez użycie materiału zasypowego, jaki mają w swoim posiadaniu,

9) brak uwzględnienia w cenie oferty oraz brak wykazania wysokości kosztów administracyjnych oraz kosztów pośrednich (5%); w kalkulacji z 1 lutego 2021 r.

Przystępujący uwzględnił te koszty, czego nie uczynił w wyjaśnieniach z 23 marca 2021 r. – koszty zostały ujęte w kalkulacji z 1 lutego 2021 r., jednak miało to miejsce po otwarciu ofert, natomiast, jako że zmienił się koszt zakupu materiałów, po analizie kosztów przeprowadzonej przez partnerów konsorcjum przez aukcją elektroniczną koszty te zostały pominięte,

10) w wyjaśnieniach z 1 lutego 2021 r. Konsorcjum Fobud przyjęło na wykonanie prac projektowych kwotę 35.146,73 zł netto, natomiast w kalkulacji z 23 marca 2021 r. obniżono tę kwotę do 14.000,00 zł netto – przyjęte przez Przystępującego kwoty za wykonanie prac projektowych z wyjaśnień z 1 lutego 2021 r. stanowiły kwotę szacunkową, natomiast przy ostatecznej kalkulacji robót oraz konsultacji z pracownią projektową przed aukcją elektroniczną ustalona została kwota za wykonanie tych prac w wysokości 14.000,00 zł netto, co zostało ujęte w kalkulacji ostatecznej, jako że są to budynki o małych gabarytach,

11) nie przedstawiono dowodu na utylizację gruzu – oszczędności w wywozie gruzu pochodzącego z rozbiórki są możliwe, ponieważ SPEC-BUD posiada program gospodarowania odpadami, co pozwala na transport gruzu na skład firmy bez konieczności przewożenia na składowisko oraz ponoszenia kosztów jego utylizacji. Ponadto do postępowania przetargowego nie zostało załączone jakiegokolwiek zestawienie ani przedmiar, na którym można się oprzeć przy wykonaniu kalkulacji kosztów, wszystkie koszty zostały skalkulowane poprzez wizję lokalną, a Odwołujący nie posiada wiedzy, ile kilogramów papy, szkła czy też gruzu zostanie ostatecznie wywiezione, a więc podanie ceny jednostkowej za wywóz danego odpadu nie stanowi wystarczającego dowodu. Koszty utylizacji oraz wywozu materiałów rozbiórkowych zostały skalkulowane w pozycjach 4-7 oraz 10 i stanowią łączną kwotę 31.700,00 zł netto, co jest kwotą jak wystarczającą do wykonania ww. prac,

12) – 13) jak wyjaśniono powyżej.

Zamawiający określił w punkcie 15.1., 15.2 i 16.3 specyfikacji istotnych warunków zamówienia, iż wykonawca winien zaoferować cenę ryczałtową kompletną, jednoznaczną, ostateczną dla całego zadania objętego zamówieniem. W cenie ryczałtowej winien mieścić się całkowity koszt kompletnego wykonania zadania stanowiącego przedmiot zamówienia, w tym również wszystkie inne koszty towarzyszące wykonaniu zadania określone w oparciu o PFU stanowiący załącznik do specyfikacji istotnych warunków zamówienia, wizję lokalną oraz obowiązujące normy i przepisy w tym zakresie. Obiekty, których dotyczy rozbiórka, znajdują się w obszarze niezabudowanym oraz są małych gabarytów, co znacznie ułatwia wykonywanie robót. Przystępujący w złożonej ofercie w pełni zastosował się do wskazanych wyżej wymagań Zamawiającego, przedkładając skalkulowaną prawidłowo ofertę, uwzględniającą wszystkie koszty realizacji zamówienia publicznego, a cena oferty nie jest ceną rażąco niską.

Wobec powyższego Przystępujący wniósł o oddalenie odwołania w całości.

Przystępujący przedstawił swoje stanowisko także w piśmie procesowym z 12 lipca 2021 r. Wskazał w nim, że ceny większości ofert kształtowały się na zbliżonym poziomie, poza czterema ofertami, z których trzy wynosiły kilkaset milionów złotych, a jedna ponad 5 milionów złotych. Pozostałe z zaofferowanych cen nie przekraczały 1,7 miliona zł. Kwota, jaką Zamawiający zamierza przeznaczyć na sfinansowanie zamówienia, wyniosła 250.809,00 zł. Przystępujący wycenił swoją ofertę na 600.000,00 zł. Zamawiający wezwał Przystępującego do złożenia wyjaśnień w zakresie rażąco niskiej ceny – dotyczyły ceny w wysokości 600.000,00 zł. Zamawiający na tym etapie postępowania nie stwierdził, że cena oferty Przystępującego jest rażąco niska.

Po przeprowadzonej aukcji cena oferty Przystępującego wynosi 205.000,00 zł i jest najkorzystniejsza spośród wszystkich ofert.

Czynność wezwania Przystępującego do wyjaśnień była spowodowana okolicznością, iż trzech wykonawców złożyło oferty z cenami w przedziale 800-900 milionów złotych (odpowiednio: 855.194.400,00 zł; 921.892.380,00 zł oraz 984.000.000,01 zł), a Odwołujący na kwotę 5.372.295,60 zł, podczas gdy ceny pozostałych ofert kształtowały się w przedziale od 323 tys. do 1,77 mln zł. Zawyżone ceny wpłynęły w znacznym stopniu na wysokość średniej arytmetycznej ceny zaofferowanej w postępowaniu. W konsekwencji również średnia cena była znacznie zawyżona, niemniej Zamawiający był zobowiązany do wystosowania wezwań do wykonawców, których ceny były o 30% niższe od wyliczonej średniej. Działanie Odwołującego polegające na znacznym zawyżeniu ceny swojej oferty (22 razy wyższej niż ostateczna cena oferty Odwołującego po przeprowadzeniu aukcji) prawdopodobnie miało na celu podwyższenie średniej ceny w postępowaniu, a w konsekwencji zobligowanie Zamawiającego do wystosowania wezwań do wyjaśnień wykonawców, którzy złożyli oferty z cenami rynkowymi oraz obciążenia tych wykonawców trudnościami w zakresie udowodnienia realności swoich cen, wobec których nie było żadnych wątpliwości co do ich prawidłowej wyceny. Również odwołanie złożone przez Odwołującego zmierza do tego, żeby z oczywistej realnej i rynkowej ceny oferty Przystępującego uczynić cenę rażąco niską, bez istnienia żadnych obiektywnych przesłanek ku takiemu stwierdzeniu. Gdyby nie brać pod uwagę czterech cen istotnie zawyżonych, średnia zaofferowana w postępowaniu cena wyniosłaby 510.096,30 zł. Wówczas Przystępujący nie zostałby wezwany do wyjaśnień w zakresie rażąco niskiej ceny, bowiem zaofferowana przez niego cena w wysokości 600.000,00 zł przekraczała tę kwotę. Powyższe oznacza, że już samo wezwanie Przystępującego do wyjaśnień ceny było zasadniczo bezcelowe i niepotrzebne. Cena zaofferowana przez Przystępującego nie mogła budzić wątpliwości Zamawiającego biorąc pod uwagę wycenę pozostałych ofert, a w szczególności wysokość kwoty, jaką Zamawiający zdecydował się przeznaczyć na sfinansowanie zamówienia (250.809,00 zł).

Ceny przekazane w informacji z otwarcia ofert nie są cenami ostatecznymi, za które wykonawcy zobowiązują się do wykonania zamówienia. Zamawiający w postępowaniu przewidział przeprowadzenie aukcji elektronicznej. Oczywistym jest, że w wyniku aukcji dojdzie do obniżenia cen, zatem każdy z wykonawców kalkuluje swoją cenę w taki sposób, aby w toku aukcji możliwe było jej maksymalne obniżenie. Ceny te są znacznie wyższe od cen ostatecznych. Już sama ta okoliczność poddaje w wątpliwość sens badania cen przed przeprowadzeniem aukcji, jeśli i tak wiadomo, że zostaną one w toku aukcji obniżone.

Okoliczności te mają znaczenie dla oceny złożonych przez Przystępującego wyjaśnień. Zrozumiałym jest, że wykonawcy w przypadku badania ceny oferty jeszcze przed przeprowadzeniem aukcji nie będą ujawniać w wyjaśnieniach wszystkich aspektów złożonych przed siebie ofert, w tym szczegółowej kalkulacji ceny oraz drobiazgowych dowodów na jej poparcie, bowiem w przypadku udostępnienia tych informacji przez Zamawiającego konkurentom wykonawcy istnieje ryzyko ich wykorzystania w trakcie aukcji. Wykonawcy, którzy uzyskaliby dostęp do takich wyjaśnień, mogliby zdobyć wiedzę na temat strategii wykonawcy, który złożył wyjaśnienia i na ich podstawie oszacować maksymalny poziom obniżenia ceny oferty w toku aukcji.

Wyjaśnienia z 1 lutego 2021 r. oraz z 22 lutego 2021 r. pozwalały Zamawiającemu na stwierdzenie, że zaoferowana cena nie jest rażąco niska. Biorąc pod uwagę okoliczności składania wyjaśnień Przystępujący mógł sobie pozwolić na pewien poziom ogólności w przekazywaniu informacji zawartych w wyjaśnieniach, niemniej jednak sama treść wyjaśnień koresponduje z treścią wezwania oraz jest wystarczająca do uznania, że zaoferowana cena nie jest rażąco niska. W szczególności Przystępujący odniósł się do elementów, których Zamawiający żądał w wezwaniu. Wezwanie do wyjaśnień w dużej mierze opierało się na przywołaniu przepisu ustawowego, dotyczącego zakresu żądania, tj. art. 90 ust. 1 ustawy Prawo zamówień publicznych, a ponadto Zamawiający żądał „elementu kalkulacyjnego oraz wyjaśnień w zakresie kosztów pracy, które mają uwzględniać wysokość minimalnego wynagrodzenia za pracę.

W wyjaśnieniach z 1 lutego 2021 r. Przystępujący odniósł się do każdego z tych elementów. Jako szczególne warunki wykonania zamówienia wskazał m.in. okoliczność posiadania na własność parku maszynowego i wynikający z tego brak kosztów wynajmu sprzętu, bogate doświadczenie w wykonywaniu analogicznych zamówień, posiadanie własnych materiałów, co oznacza brak konieczności dodatkowych zakupów dzięki wykorzystaniu materiałów, które wykonawca już posiada. Wyjaśnienia zawierały również wymagany „element kalkulacyjny”, obrazujący wysokość poszczególnych rodzajów kosztów związanych z realizacją zamówienia. Wysokość kosztów pracy wskazana w kalkulacji oraz ich wyjaśnienie nie budzą wątpliwości. Przystępujący zagwarantował zarówno wypłatę minimalnego wynagrodzenia za pracę, jak i uwzględnił w cenie wszystkie obciążenia w zakresie zabezpieczenia społecznego

oraz wskazał ich poziom. Wobec powyższego wyjaśnienia były adekwatne do wezwania. Na tym etapie postępowania – przed przeprowadzeniem aukcji – bardziej szczegółowe przedstawienie aspektów cenowych oferty nie byłoby uzasadnione. W sytuacji, gdy badana cena nie jest ceną ostateczną wyjaśnienia tej ceny nie są istotne dla postępowania, chyba że cena faktycznie już na tym etapie jest wątpliwa. Takich wątpliwości nie było w przypadku ceny Przystępującego, która była wyższa 2,5 razy od szacunkowej wartości zamówienia ustalonej przez Zamawiającego i Przystępujący i Zamawiający mieli świadomość, że zaoferowana cena w wysokości 600.000.00 zł nie może być ceną rażąco niską. W tym stanie rzeczy wezwanie do uszczegółowienia wyjaśnień również należało ocenić jako niecelowe.

Wyjaśnienia z 22 lutego 2021 r. stanowiły doprecyzowanie i potwierdzenie informacji oraz zawierały dowody w postaci wykazu sprzętu wykonawcy, listy ubezpieczonych pracowników z ZUS. Dowody złożone przez Przystępującego potwierdzały treść jego wyjaśnień. Dwukrotnie Zamawiający w wezwaniach akcentował, że istotnym jest dla niego wyliczenie kosztów pracy oraz potwierdzenie, że wykonawca zapewni pracownikom kierowanym do realizacji zamówienia wynagrodzenie w wysokości co najmniej minimalnego wynagrodzenia za pracę oraz uwzględni w wyliczeniach koszty zabezpieczenia społecznego (ZUS). Wszystkie te kwestie zostały przez Przystępującego wyjaśnione i potwierdzone dowodami. Pozostałe elementy, których wyjaśnienia żądał Zamawiający znalazły odzwierciedlenie w treści złożonych wyjaśnień. Stopień skomplikowania usługi będącej przedmiotem zamówienia nie jest na tyle znaczny, żeby uzasadnionym było wykazywanie jakichś szczególnych rozwiązań i założeń. Wykonanie zamówienia opiera się na zaangażowaniu pracy ludzkiej i pracy maszyn oraz wykorzystaniu materiałów, a te kwestie Przystępujący wyjaśnił.

Odnosząc się do argumentacji Odwołującego wskazującej konkretne elementy zamówienia, których rzekomo Przystępujący nie uwzględnił w wycenie, to wskazać należy, że:

- 1) Odwołujący miesza wyjaśnienia złożone przed aukcją, które dotyczyły ceny w wysokości 600.000,00 zł z wyjaśnieniami dotyczącymi ceny ostatecznej po przeprowadzeniu aukcji wynoszącej 205.000,00 zł, co jest oczywiście niezasadne z uwagi na dwie zupełnie inne ceny i założenia podlegające wyjaśnieniom,
- 2) Odwołujący wskazuje elementy, które nie były przedmiotem żadnego z wezwań wystosowanych do Przystępującego, zatem nie było obowiązkiem Przystępującego odnoszenie się do tych konkretnych elementów w treści wyjaśnień,
- 3) Odwołujący wskazuje elementy, które uważa za istotne, pomijając fakt, że ustalenie sposobu realizacji zamówienia należy do wykonawcy, zatem nie jest tak, że elementy, które Odwołujący uważa za najbardziej kosztotwórcze, były równie kosztotwórcze dla Przystępującego,

4) Odwołujący pomija okoliczność, iż cena ostateczna po przeprowadzeniu aukcji zaoferowana przez Przystępującego jest niewiele niższa od tej, którą sam zaoferował – różnica wynosi zaledwie 35.000,00 zł i jest naturalnym zjawiskiem w warunkach konkurowania ze sobą przedsiębiorców.

Ostateczna cena Przystępującego po przeprowadzeniu aukcji zmniejszyła się od ceny początkowej o 395 tys., natomiast cena Odwołującego zmniejszyła się o przeszło 5 milionów zł. Już samo to przemawia za uznaniem, że kalkulacja ceny oferty Przystępującego od samego początku opierała się na realnych założeniach, w przeciwieństwie do zawyżonej ceny Odwołującego.

Nie sposób oceniać treści wyjaśnień złożonych przez Przystępującego w oderwaniu od okoliczności, jakie stały u podstaw ich żądania, a także samej wysokości ceny oferty, która nie stwarzała żadnych wątpliwości w zakresie jej rynkowego charakteru i prawidłowości wyliczenia. Ceny uzyskane po przeprowadzeniu aukcji są dwukrotnie niższe niż cena zaoferowana przez Przystępującego pierwotnie i dalej nie są rażąco niskie, są to ceny, za jakie powszechnie świadczy się usługi likwidacji obiektów pokopalnianych.

W okolicznościach niniejszej sprawy nie byłoby zasadnym odrzucanie oferty Przystępującego, w sytuacji, gdy nie ma żadnych wątpliwości co do rynkowego charakteru tej ceny, a wezwanie do wyjaśnień było jedynie skutkiem zaoferowania przez kilku wykonawców cen skrajnie zawyżonych, które wpłynęły na wysokość średniej ceny, będącej determinantem wyjaśnień zgodnie z art. 90 ust. 1a pkt 1 ustawy Prawo zamówień publicznych.

Różnica między ceną zaoferowaną po aukcji przez Odwołującego a ceną Przystępującego nie jest znaczna – jest to odpowiednio 240.000,00 zł oraz 205.000,00 zł. Zamawiający oświadczył, że na sfinansowanie zamówienia zamierza przeznaczyć kwotę w wysokości 250.809,00 zł. W warunkach rynkowych takie różnice nie są niczym nadzwyczajnym i są naturalną konsekwencją konkurowania ze sobą wykonawców. Uzyskanie przez jednego z wykonawców ceny niższej, aczkolwiek na zbliżonym poziomie do pozostałych oferentów, nie oznacza, że cena jego oferty jest rażąco niska.

Wyjaśnienia Przystępującego z 23 marca 2021 r. były one szczegółowe, zawierały odniesienie do poszczególnych składowych ceny całkowitej, przedstawiono w nich szczegółową kalkulację ceny całkowitej, zawierały szereg dowodów jednoznacznie potwierdzających, że zaoferowana cena nie jest rażąco niska. Przystępujący wykazał w sposób dostateczny, że cena jego oferty nie jest rażąco niska. Zamawiający miał wszelkie podstawy do uznania ceny za prawidłową.

Wyjaśnienia Przystępującego odnosiły się do wszystkich elementów z wezwania: oszczędność metody wykonania zamówienia, wybrane rozwiązania techniczne, wyjątkowo

sprzyjające warunki wykonania zamówienia dostępne wykonawcy zostały omówione w punkcie 1. wyjaśnień. Przystępujący w tym zakresie wskazał na okoliczności związane z posiadaniem sprzętu oraz oszczędnościami z tego wynikającymi, jako dowód załączając wykaz posiadanych pojazdów i maszyn. Wskazano na okoliczność posiadania sprzętu do przeprowadzenia robót rozbiórkowych oraz posiadanie przez jednego z konsorcjantów uprawnień operatorskich na te maszyny. Ponadto wskazano, że kadra Przystępującego posiada wszelkie potrzebne uprawnienia i doświadczenie w wykonywaniu tego rodzaju robót, co ogranicza koszty w tym zakresie jedynie do kosztów osobowych (wyплаты wynagrodzenia i zabezpieczenia społecznego). W dalszej kolejności Przystępujący wyjaśnił, że nie bez znaczenia pozostaje jego bogate doświadczenie w wykonywaniu robót tego rodzaju, co pozwoliło na optymalną wycenę oferty. Okoliczność ta została potwierdzona referencjami załączonymi do wyjaśnień. Powyższe było wystarczające do stwierdzenia, że Przystępujący wycenił ww. elementy z należytą starannością i na poziomie rynkowym.

Koszty pracy zostały omówione w punkcie 2. wyjaśnień. Przystępujący wskazał i potwierdził stosownymi dowodami (informacja z ZUS, informacja z biura rachunkowego obsługującego wykonawcę), że zatrudnia pracowników i wypłaca im wynagrodzenie zgodnie z przepisami minimalnego wynagrodzenia za pracę. Dodatkowo Przystępujący oszacował koszty wynikające z ustawy o systemie ubezpieczeń społecznych, wskazał, że kształtują się one na poziomie 18,84% kosztów osobowych i że wszystkie te elementy zostały ujęte w kalkulacji robocizny. W dalszej części wyjaśnień Przystępujący podał szczegółowe wyliczenie kosztów pracy: dla Kierownika przyjęto koszt 4.000,00 zł wynagrodzenia, co daje 25,00 zł/r-g, dla pozostałych pracowników (6 osób) przyjęto 21.000,00 zł co daje 21,88 zł/r-g. Przystępujący wyjaśnił, że zamówienie wykona w okresie miesiąca. Wobec powyższych informacji zawartych w wyjaśnieniach nie mogło być wątpliwości co do wyceny kosztów pracy. Wyjaśnienia w tym zakresie jednoznacznie potwierdzają, że koszty pracy Przystępujący wycenił zgodnie z obowiązującymi przepisami w zakresie minimalnego wynagrodzenia za pracę.

Pomoc publiczna udzielona na podstawie odrębnych przepisów, koszty wynikające z przepisów prawa pracy i przepisów o zabezpieczeniu społecznym obowiązującym w miejscu, w którym realizowane jest zamówienie, koszty wynikające z przepisów prawa ochrony środowiska oraz powierzenia wykonania części zamówienia podwykonawcy zostały omówione w punkcie 3. Wyjaśnień. Przystępujący w powyższym zakresie wskazał jednoznacznie, że nie miały wpływu na wycenę ani pomoc publiczna – bowiem tej Przystępujący nie otrzymał, ani przepisy o ochronie środowiska, ani podwykonawstwo – bowiem tego Przystępujący nie przewidział. Co do kosztów wynikających z prawa pracy i zabezpieczenia społecznego – wyjaśnienia zostały omówione powyżej.

Ponadto Zamawiający żądał podania elementów mających wpływ na wysokość ceny oraz rodzaje i wysokość kosztów realizacji poszczególnych elementów, to jest koszt robocizny, koszt materiałów, koszt sprzętu oraz cenę jednostkową za wyburzenie 1 m³ z uwzględnieniem wszystkich ponoszonych kosztów, w tym koszty uporządkowania terenu. Wszystkie powyższe elementy wynikały z kalkulacji zawartej w wyjaśnieniach:

W kalkulacji zostało wyodrębnionych 15 rodzajów kosztów wraz ze wskazaniem ich wysokości, były to: 1) prace przygotowawcze, 2) ogrodzenie tymczasowe (zabezpieczenie terenów), 3) koszty wykonania projektu oraz zgłoszenie, 4) załadunek i transport ziemi, 5) transport sprzętu, 6) utylizacja papy, 7) utylizacja okien, drzwi (pozostałych odpadów wewnątrz budynków), 8) rozbiórka budynków za pomocą koparki, 9) odkrycie oraz rozbiórka fundamentów, 10) transport i utylizacja gruzu, 11) transport ziemi, 12) wyrównanie terenu po rozbiórce, 13) przygotowanie dokumentacji geodezyjnej (zgłoszenie), 14) kalkulacja pracy kierownika, 15) kalkulacja pracy pracowników – wszystkie z tych elementów odzwierciedlają w pełni zakres zamówienia określony w specyfikacji istotnych warunków zamówienia i PFU.

Dodatkowo – w odpowiedzi na konkretne pytanie w wezwaniu – Przystępujący wskazał cenę jednostkową za wyburzenie 1 m³ z uwzględnieniem wszystkich ponoszonych kosztów, w tym kosztów uporządkowania terenu – wynoszącą 24,50 zł/m³.

Wyjaśnienia Przystępującego były adekwatne do wezwania a jednocześnie stanowiły wystarczające potwierdzenie, że cena oferty nie jest rażąco niska, co poparto stosownymi dowodami. W orzecznictwie KIO wskazuje się, że treść wyjaśnień jest determinowana treścią wezwania i to powiązanie jest kluczowe przy ocenie i analizie wyjaśnień. W szczególności nie sposób wymagać od wykonawcy szczegółowego wyjaśnienia konkretnych elementów zamówienia w sytuacji, gdy nie było to narzucone treścią wezwania. Nie sposób również wskazywać, że wykonawca powinien oprzeć wyjaśnienia na takich a nie innych dokumentach, bowiem obowiązek taki nie wynikał z treści wezwania.

Tam, gdzie Zamawiający wymagał przedstawienia konkretnego wyliczenia czy wyjaśnienia konkretnego elementu ceny, tj. zawarcie w wyjaśnieniach elementu kalkulacyjnego, podanie i wyjaśnienie kosztów pracy, wskazanie ceny jednostkowej za wyburzenie 1 m³, tam Przystępujący wskazał i wyjaśnił te elementy. Również w tym przypadku wyjaśnienia korespondują z treścią wezwania. Przystępujący nie był zobowiązany do złożenia modelu wyjaśnień, który chce narzucić Odwołujący w odwołaniu. Niemniej Przystępujący wyjaśnił wszystkie z tych elementów wraz ze złożeniem przystąpienia.

Odnosząc się do kosztów materiałów, to wynikają one głównie z pozycji rynkowej danego wykonawcy, jego współpracy z kontrahentami i innych właściwości rynkowych wykonawcy. Nie jest niczym nadzwyczajnym, że ceny materiałów różnią się i każdy z wykonawców posiada inne kontakty handlowe i uzyskuje inne ceny niż jego konkurenci. Wykonawcy mogą dysponować rezerwami poszczególnych materiałów, co wpływa na obniżenie cen. Nie

przesądza o rażąco niskiej cenie okoliczność, że Odwołujący nie jest w stanie uzyskać cen za przedmiotowe materiały na takim poziomie, jak inny wykonawca. Materiały potrzebne do realizacji zamówienia są ogólnodostępne, mogą również podlegać długiemu przechowywaniu czy magazynowaniu.

Wszystkie z elementów wskazanych w odwołaniu zostały ujęte w cenie zaoferowanej przez Przystępującego. Załączona do wyjaśnień kalkulacja obejmuje w całości wszelkie prace wynikające z PFU. W tym stanie rzeczy nie ma podstaw do twierdzenia, że cena zaoferowana przez Przystępującego nie obejmuje jakiegokolwiek elementu wykonania zamówienia czy, że jest to cena rażąco niska.

Przystępujący wniósł o odrzucenie odwołania w zakresie zarzutów dotyczących czynności wezwania oraz oceny wyjaśnień w zakresie rażąco niskiej ceny oferty złożonych przez Przystępującego 1 i 22 lutego 2021 r. na podstawie art. 528 pkt 3 w zw. z art. 515 ust. 1 pkt 2 lit. a ustawy Prawo zamówień publicznych z 2019 r. z uwagi na wniesienie odwołania w powyższym zakresie z uchybieniem ustawowego terminu.

Zamawiający prowadzi postępowanie o udzielenie zamówienia publicznego w trybie przetargu nieograniczonego z zastosowaniem aukcji elektronicznej. Zgodnie z art. 91b ust. 1 ustawy Prawo zamówień publicznych zamawiający zaprasza drogą elektroniczną do udziału w aukcji elektronicznej jednocześnie wszystkich wykonawców, którzy złożyli oferty niepodlegające odrzuceniu. Zaproszenie określonych wykonawców do udziału w aukcji elektronicznej oznacza, że Zamawiający ustalił, iż oferty wybranych wykonawców nie podlegają odrzuceniu. Procedura wyjaśnień ceny określona w art. 90 ust. 1 ustawy Prawo zamówień publicznych stanowi natomiast jeden z elementów badania ofert, w wyniku którego może dojść do odrzucenia oferty wykonawcy. Zamawiający dokonał badania ofert pod kątem zachodzenia podstaw do odrzucenia wraz z wystosowaniem do wykonawców zaproszeń do udziału w aukcji elektronicznej, co miało miejsce 8 marca 2021 r. Termin na wniesienie odwołania w niniejszym postępowaniu, stosownie do art. 515 ust. 1 pkt 2 lit. a ustawy Prawo zamówień publicznych z 2019 r., wynosi pięć dni.

Odwołanie w niniejszej sprawie zostało wniesione 21 kwietnia 2021 r., co oznacza, że Odwołujący policzył termin na wniesienie odwołania nie od dnia otrzymania zaproszenia do aukcji elektronicznej 8 marca 2021 r., lecz dopiero od 16 kwietnia 2021 r., tj. od dnia przekazania informacji o wyborze oferty najkorzystniejszej. Taki sposób liczenia terminu na wniesienie odwołania wobec czynności lub zaniechań Zamawiającego kwestionowanych w odwołaniu nie ma żadnych podstaw i jest sprzeczny z utrwalonym orzecznictwem KIO.

Odwołujący kwestionuje zarówno treść wyjaśnień, jak i okoliczność żądania wyjaśnień dodatkowych, tymczasem wszelkie czynności związane z ww. wyjaśnieniami nie podlegają aktualnie zaskarżeniu z uwagi na okoliczność, iż stanowiły one element badania oferty

Przystępującego, zakończony wraz z wystosowaniem zaproszenia do udziału w aukcji. Wobec powyższego, zarzuty stawiane w odwołaniu dotyczące przedmiotowych wyjaśnień powinny zostać uznane za spóźnione.

Odwołujący złożył wniosek o udostępnienie treści ofert innych wykonawców, w tym Przystępującego, dopiero po wyborze oferty najkorzystniejszej. Jednocześnie już w momencie zaproszenia do udziału w aukcji Odwołujący miał świadomość, że oferta Przystępującego nie została odrzucona, bowiem informację w tym zakresie Zamawiający jest obowiązany przekazać niezwłocznie wszystkim wykonawcom zgodnie z art. 92 ust. 1 pkt 3 ustawy Prawo zamówień publicznych. W tym czasie Odwołujący wiedział też o wysokości ceny Przystępującego przed przeprowadzeniem aukcji. Należyta staranność wymagałaby, żeby Odwołujący, mając wątpliwości co do ceny zaoferowanej przez Przystępującego, kwestionował zaniechanie odrzucenia oferty Przystępującego już w momencie zakończenia badania i oceny ofert przed aukcją, tj. w momencie skierowania zaproszeń do aukcji. Zgodnie z orzecznictwem KIO od tego momentu biegnie termin zaskarżenia na zaniechanie odrzucenia oferty w wyniku badania przeprowadzonego przed rozpoczęciem aukcji. W świetle orzecznictwa KIO nie budzi wątpliwości, iż za początek biegu terminu na wniesienie odwołania na zaniechanie odrzucenia ofert konkurencyjnych uznać należy dzień zaproszenia wykonawców do aukcji elektronicznej. Jest to bowiem dzień, w którym wykonawcy mogą uzyskać informacje stanowiące podstawę do wniesienia odwołania.

V Stanowisko Izby

Rozpatrując złożone odwołanie Izba na wstępie stwierdziła, że zgodnie z art. 92 ust. 2 ustawy z dnia 11 września 2019 r. Przepisy wprowadzające ustawę – Prawo zamówień publicznych (Dz.U z 2019 r. poz. 2020) do czynności w postępowaniu o udzielenie zamówienia publicznego stosuje się przepisy ustawy z dnia 29 stycznia 2004 r. – Prawo zamówień publicznych (Dz. U. z 2019 r., poz. 1843 z późn. zm.), natomiast do postępowania odwoławczego przepisy ustawy z dnia 11 września 2019 r. – Prawo zamówień publicznych (Dz. U. z 2021, poz. 1229).

Izba umorzyła postępowanie odwoławcze w zakresie zarzutów dotyczących wykonawców P. D. i A. D. wspólników spółki cywilnej, prowadzących działalność pod nazwą GRANI-TEC D. P. i D. A. spółka cywilna.

Zamawiający uwzględnił zarzuty odwołania w całości. Wykonawcy P. D. i A. D. nie przystąpili do postępowania odwoławczego, zaś przystępujący Konsorcjum Fobud (po modyfikacji oświadczenia w tym zakresie podczas posiedzenia) złożył sprzeciw jedynie w zakresie zarzutów dotyczących jego oferty. W związku z powyższym zaistniały okoliczności wskazane w art. 568 pkt 3 ustawy Prawo zamówień publicznych z 2019 r. Zgodnie z art. 568 ustawy

Prawo zamówień publicznych Izba umarza postępowania odwoławcze, w formie postanowienia, w przypadku: 1) cofnięcia odwołania; 2) stwierdzenia, że dalsze postępowanie stało się z innej przyczyny zbędne lub niedopuszczalne; 3) o którym mowa w art. 522 ustawy Prawo zamówień publicznych.

Zgodnie z art. 522 ust. 1 ustawy Prawo zamówień publicznych w przypadku uwzględnienia przez zamawiającego w całości zarzutów przedstawionych w odwołaniu, Izba może umorzyć postępowanie odwoławcze na posiedzeniu niejawnym bez obecności stron oraz uczestników postępowania odwoławczego, którzy przystąpili do postępowania po stronie wykonawcy, pod warunkiem że w postępowaniu odwoławczym po stronie zamawiającego nie przystąpił w terminie żaden wykonawca. W takim przypadku zamawiający wykonuje, powtarza lub unieważnia czynności w postępowaniu o udzielenie zamówienia, zgodnie z żądaniem zawartym w odwołaniu. Jak wynika z art. 523 ust. 1 ustawy Prawo zamówień publicznych z 2019 r. uczestnik postępowania odwoławczego, który przystąpił do postępowania po stronie zamawiającego, może wnieść sprzeciw wobec uwzględnienia przez zamawiającego zarzutów przedstawionych w odwołaniu w całości albo w części.

Ze względu na to, że Zamawiający uwzględnił odwołanie w całości, wykonawcy P. D. i A. D. prowadzący działalność pod nazwą GRANI-TEC D. P. i D. A. spółka cywilna nie przystąpili do postępowania odwoławczego, a przystępujący Konsorcjum Fobud zgłosił sprzeciw jedynie w części, Izba stwierdziła, że postępowanie odwoławcze w zakresie nie objętym sprzeciwem podlega umorzeniu. Czynności, które mogą zostać dokonane w postanowieniu oraz na posiedzeniu niejawnym, mogą zostać dokonane również w wyroku Izby, jak również – wobec możliwości zgłoszenia sprzeciwu co do część uwzględnienia – czynności te mogą dotyczyć części odwołania.

Izba rozpoznała odwołanie w pozostałym zakresie, zgodnie z dyspozycją art. 523 ust. 3 ustawy Prawo zamówień publicznych z 2019 r.

Izba stwierdziła, że nie zachodzi żadna z przesłanek skutkujących odrzuceniem odwołania, opisanych w art. 528 ustawy Prawo zamówień publicznych z 2019 r., a Odwołujący ma interes we wniesieniu odwołania w rozumieniu art. 505 ust. 1 ustawy Prawo zamówień publicznych z 2019 r. Przepis ten stanowi, że środki ochrony prawnej przysługują wykonawcy, uczestnikowi konkursu oraz innemu podmiotowi, jeżeli ma lub miał interes w uzyskaniu zamówienia lub nagrody w konkursie oraz poniósł lub może ponieść szkodę w wyniku naruszenia przez zamawiającego przepisów ustawy (ustawy Prawo zamówień publicznych).

Przystępujący wniósł, na podstawie art. 528 pkt 3 w zw. z art. 515 ust. 1 pkt 2 lit. a ustawy Prawo zamówień publicznych z 2019 r., o odrzucenie odwołania w zakresie zarzutów

dotyczących czynności wezwania oraz oceny wyjaśnień w zakresie rażąco niskiej ceny oferty złożonych przez Przystępującego 1 i 22 lutego 2021 r., z uwagi na wniesienie odwołania w powyższym zakresie z uchybieniem ustawowego terminu.

Zgodnie z regulacją tego przepisu Izba odrzuca odwołanie, jeżeli stwierdzi, że odwołanie zostało wniesione po upływie terminu określonego w ustawie.

Termin na wniesienie odwołania określa art. 515 ustawy Prawo zamówień publicznych z 2019 r. Zgodnie z treścią jego ust. 1 pkt 1 i 3, w przypadku zamówień, których wartość jest mniejsza niż progi unijne, odwołanie wnosi się w terminie 5 dni od dnia przekazania informacji o czynności zamawiającego stanowiącej podstawę jego wniesienia, jeżeli informacja została przekazana przy użyciu środków komunikacji elektronicznej lub 5 dni od dnia, w którym powzięto lub przy zachowaniu należytej staranności można było powziąć wiadomość o okolicznościach stanowiących podstawę jego wniesienia.

W przypadku niniejszej sprawy odwołanie zostało wniesione 21 kwietnia 2021 r. – w ciągu 5 dni od przekazania Odwołującemu informacji o wyborze oferty najkorzystniejszej. Jednak część z zarzutów odwołania odnosi się do czynności w postępowaniu, które miały miejsce przed 8 marca 2021 r.

Należy jednak zwrócić uwagę, że, zgodnie z regulacją art. 96 ust. 3 ustawy Prawo zamówień publicznych, załączniki do protokołu (czyli dokumentację postępowania) udostępnia się wykonawcom po dokonaniu wyboru najkorzystniejszej oferty lub unieważnieniu postępowania, z tym, że oferty udostępnia się od chwili ich otwarcia, oferty wstępne od dnia zaproszenia do składania ofert, a wnioski o dopuszczenie do udziału w postępowaniu od dnia poinformowania o wynikach oceny spełniania warunków udziału w postępowaniu.

Pełnomocnik Odwołującego oświadczył, że Odwołujący nie miał dostępu do wyjaśnień Przystępującego z 1 i 22 lutego 2021 r. przed wyborem oferty najkorzystniejszej 16 kwietnia 2021 r. – co odpowiada regulacji art. 96 ust. 3 ustawy Prawo zamówień publicznych. Tym samym, nawet jeśli posiadał on wiedzę, że Przystępujący został zaproszony do aukcji elektronicznej, nie był w stanie wcześniej postawić przedmiotowych zarzutów dotyczących prowadzonych wyjaśnień. Tym samym należy uznać, że okoliczność, o której mowa w art. 515 ust. 1 pkt 3 lit. b ustawy Prawo zamówień publicznych z 2019 r., tj. chwila, w której powzięto lub przy zachowaniu należytej staranności można było powziąć wiadomość o okolicznościach stanowiących podstawę jego wniesienia, nastąpiła dopiero po wyborze oferty najkorzystniejszej.

Izba ustaliła, iż stan faktyczny postępowania dotyczący postawionych zarzutów (w szczególności treść oferty Przystępującego przed i po aukcji elektronicznej i złożonych przez niego dokumentów, treść specyfikacji istotnych warunków zamówienia, treść wezwań

Zamawiającego i wyjaśnień złożonych przez Przystępującego) nie jest sporny między Odwołującym i Przystępującym.

Po zapoznaniu się z przedmiotem sporu oraz argumentacją Odwołującego i Przystępującego (Zamawiający nie zajął merytorycznego stanowiska w sprawie), w oparciu o stan faktyczny ustalony na podstawie dokumentacji postępowania przetargowego przedstawionej przez Zamawiającego, przedłożonych pism oraz stanowisk Odwołującego i Przystępującego przedstawionych podczas rozprawy Izba ustaliła i zważyła, co następuje: odwołanie nie zasługuje na uwzględnienie.

Odwołujący zarzucił Zamawiającemu naruszenie: art. 7 ust. 1 i 3, art. 89 ust. 1 pkt 4, art. 90 ust. 1, 2 i 3 oraz art. 91 ust. 1 ustawy Prawo zamówień publicznych.

Przywołane przepisy ustawy Prawo zamówień publicznych stanowią:

Art. 7 ust. 1 ustawy Prawo zamówień publicznych: zamawiający przygotowuje i przeprowadza postępowanie o udzielenie zamówienia w sposób zapewniający zachowanie uczciwej konkurencji i równe traktowanie wykonawców oraz zgodnie z zasadami proporcjonalności i przejrzystości.

Art. 7 ust. 3 ustawy Prawo zamówień publicznych: zamówienia udziela się wyłącznie wykonawcy wybranemu zgodnie z przepisami ustawy.

Art. 89 ust. 1 pkt 4 ustawy Prawo zamówień publicznych: zamawiający odrzuca ofertę, jeżeli zawiera rażąco niską cenę lub koszt w stosunku do przedmiotu zamówienia;

Art. 90 ust. 1 ustawy Prawo zamówień publicznych: Jeżeli zaoferowana cena lub koszt, lub ich istotne części składowe, wydają się rażąco niskie w stosunku do przedmiotu zamówienia i budzą wątpliwości zamawiającego co do możliwości wykonania przedmiotu zamówienia zgodnie z wymaganiami określonymi przez zamawiającego lub wynikającymi z odrębnych przepisów, zamawiający zwraca się o udzielenie wyjaśnień, w tym złożenie dowodów, dotyczących wyliczenia ceny lub kosztu, w szczególności w zakresie:

- 1) oszczędności metody wykonania zamówienia, wybranych rozwiązań technicznych, wyjątkowo sprzyjających warunków wykonywania zamówienia dostępnych dla wykonawcy, oryginalności projektu wykonawcy, kosztów pracy, których wartość przyjęta do ustalenia ceny nie może być niższa od minimalnego wynagrodzenia za pracę albo minimalnej stawki godzinowej, ustalonych na podstawie przepisów ustawy z dnia 10 października 2002 r. o minimalnym wynagrodzeniu za pracę (Dz.U. z 2018 r., poz. 2177);
- 2) pomocy publicznej udzielonej na podstawie odrębnych przepisów;
- 3) wynikającym z przepisów prawa pracy i przepisów o zabezpieczeniu społecznym, obowiązujących w miejscu, w którym realizowane jest zamówienie;
- 4) wynikającym z przepisów prawa ochrony środowiska;

5) powierzenia wykonania części zamówienia podwykonawcy.

Art. 90 ust. 2 ustawy Prawo zamówień publicznych: Obowiązek wykazania, że oferta nie zawiera rażąco niskiej ceny lub kosztu spoczywa na wykonawcy.

Art. 90 ust. 3 ustawy Prawo zamówień publicznych: Zamawiający odrzuca ofertę wykonawcy, który nie udzielił wyjaśnień lub jeżeli dokonana ocena wyjaśnień wraz ze złożonymi dowodami potwierdza, że oferta zawiera rażąco niską cenę lub koszt w stosunku do przedmiotu zamówienia.

Art. 91 ust. 1 ustawy Prawo zamówień publicznych: Zamawiający wybiera ofertę najkorzystniejszą na podstawie kryteriów oceny ofert określonych w specyfikacji istotnych warunków zamówienia.

Jak wyraźnie wynika z brzmienia art. 91 ust. 1 ustawy Prawo zamówień publicznych, nie ma on w ogóle zastosowanie w niniejszej sprawie, gdyż zarzuty odwołania nie dotyczą wyboru oferty niezgodnie z kryteriami oceny ofert, np. zastosowania nieprawidłowych kryteriów lub nieprawidłowego przyznania punktów w ramach poszczególnych kryteriów.

W odniesieniu do pozostałych zarzutów Izba uznała, że nie potwierdziły się.

Po pierwsze należy zauważyć, że zgodnie z art. 537 pkt 1 ustawy Prawo zamówień publicznych ciężar dowodu, że oferta nie zawiera rażąco niskiej ceny, spoczywa na wykonawcy, który ją złożył, jeżeli jest stroną albo uczestnikiem postępowania odwoławczego – co w tym wypadku oznacza przystępującego Konsorcjum Fobud. W tym zakresie ustawa Prawo zamówień publicznych z 2019 r. powieliła wcześniejsze rozwiązanie art. 190 ust. 1a ustawy Prawo zamówień publicznych z 2004 r. Nie zmienia to jednak zasady wyrażonej w art. 534 ust. 1 ustawy Prawo zamówień publicznych z 2019 r. (wcześniej w art. 190 ust. 1 ustawy Prawo zamówień publicznych z 2004 r.), zgodnie z którą strony i uczestnicy postępowania odwoławczego są obowiązani wskazywać dowody dla stwierdzenia faktów, z których wywodzą skutki prawne. Nie może być zatem tak, że odwołujący w odwołaniu jedynie ogólnie zasygnalizuje pewne okoliczności, które nie znajdują jego akceptacji – czy to w ofercie innego wykonawcy, czy to złożonych przez niego wyjaśnieniach.

Odwołujący w złożonym odwołaniu wskazał jedyne, że wyjaśnienia Przystępującego są, jego zdaniem, lakoniczne, ogólnikowe i nie poparte wystarczającymi dowodami oraz wymienił kilka elementów, które – według niego – powinny w tych wyjaśnieniach zostać opisane lub opisane odrębnie (co do tych elementów Przystępujący zresztą wskazał, że ujął je w przywołanych w przystąpieniu oraz piśmie procesowym punktach, do czego Odwołujący następnie odniósł się jedynie hasłowo). Odwołujący nie zawarł natomiast żadnych konkretnych wyliczeń, do których, czy to Izba, czy Przystępujący mogliby się odnieść.

Poza tym zarzut dotyczący samego zastosowania art. 90 ustawy Prawo zamówień publicznych nie musi być i nie zawsze jest zarzutem dotyczącym *stricte* tego, że oferta zawiera rażąco niską cenę – najczęściej jest on zarzutem proceduralnym nieprawidłowego przeprowadzenia wyjaśnień – jak w niniejszym odwołaniu. Zatem nie jest objęty odwróconym ciężarem dowodu, o którym mowa w art. 537 ustawy Prawo zamówień publicznych z 2019 r.

Po drugie – zarzuty odwołania odnoszą się do wyjaśnień Przystępującego z 1 i 22 lutego oraz z 23 marca 2021 r. Odwołujący wniósł o nakazane odrzucenia oferty Przystępującego w oparciu o art. 90 ust. 3 i art. 89 ust. 1 pkt 4 ustawy Prawo zamówień publicznych.

Jak wynika z art. 90 ust. 3 ustawy Prawo zamówień publicznych, zamawiający odrzuca ofertę wykonawcy, który nie udzielił wyjaśnień lub jeżeli dokonana ocena wyjaśnień wraz ze złożonymi dowodami potwierdza, że oferta zawiera rażąco niską cenę lub koszt w stosunku do przedmiotu zamówienia. Przepis ten wskazuje więc na dwie przesłanki odrzucenia oferty: 1) nieudzielenie wyjaśnień (do tej przesłanki, zgodnie z orzecznictwem, zalicza się także przedstawienie takich wyjaśnień, które niczego nie wnoszą) oraz 2) udzielenie wyjaśnień, które prowadzą do negatywnej oceny oferty.

Z zasad oceny wyjaśnień ustalonych na podstawie orzecznictwa wynika, że ocena treści wyjaśnień w zakresie ich adekwatności, szczegółowości oraz dowodów zależy od treści wezwania zamawiającego. Jest bowiem oczywiste, że wykonawca – zwłaszcza w tak szerokiej materii jak wycena – z założenia nie jest w stanie odnieść się do wszystkich niewyrażonych w wezwaniu do wyjaśnień kwestii, jak też przedstawić dowodów na każdą okoliczność, która następnie mogłaby zainteresować zamawiającego. Dlatego częstą praktyką jest, że zamawiający dopiero w drugim wezwaniu prosi o przedstawienie dowodów na te okoliczności, które go interesują lub budzą jego wątpliwości.

Co do pierwszej z przesłanek odrzucenia oferty wymienionej w art. 90 ust. 3 ustawy Prawo zamówień publicznych, należy wskazać, że wyjaśnienia Przystępującego – czy to z 1 lutego, czy z 22 lutego, czy też z 23 marca 2021 r. są zbyt obszerne, by uznać je za niezłożone.

Co do drugiej z przesłanek zaś – Odwołujący nie wskazał w sposób przekonujący, dlaczego powinny one zostać ocenione negatywnie, gdyż za takie przekonujące uzasadnienie nie można uznać wskazanych w odwołaniu kilku punktów. Brak też jakichkolwiek elementów kalkulacji chociażby uprawdopodobniających tezę wycenie oferty Przystępującego na zbyt niskim poziomie. Należy zaś zauważyć, że art. 89 ust. 1 pkt 4 ustawy Prawo zamówień publicznych jest bardziej kategoryczny, jeśli chodzi o użyte tam sformułowanie niż art. 90 ust. 3 ustawy Prawo zamówień publicznych, gdyż mówi nie o ocenie wyjaśnień, lecz istnieniu rażąco niskiej ceny.

Izba uznała też za przekonujące stanowisko Przystępującego przedstawione w zgłoszeniu przystąpienia, piśmie procesowym oraz podczas rozprawy, w którym to Przystępujący

odniósł się wprost do treści poszczególnych wezwań oraz udzielonych w odpowiedzi wyjaśnień dowodząc, że udzielone wyjaśnienia odpowiadają wezwaniom Zamawiającego, jak też zarzutów odwołania (wskazanych przez Odwołującego braków). Stanowisko to zostało obszernie przytoczone we wcześniejszej części uzasadnienia, zatem Izba w tej części nie powielala treści pism kierowanych przez Zamawiającego do Przystępującego i przez Przystępującego do Zamawiającego – w szczególności, że fakt ich istnienia oraz ich treść nie była sporna.

Izba nie odnosiła się natomiast do samej wyceny oferty Przystępującego, ponieważ nie było to przedmiotem argumentacji ani Odwołującego, ani Przystępującego i w ramach kontradyktoryjnego ze swojej istoty postępowania odwoławczego podmioty te nie przedstawiały żadnych kalkulacji, do których Izba mogłaby się odnieść.

W związku z powyższym Izba uznała, że zarzuty odwołania nie potwierdziły się.

O kosztach postępowania odwoławczego orzeczono na podstawie art. 557 i art. 575 ustawy z dnia 11 września 2019 r. – Prawo zamówień publicznych oraz § 2 ust. 2 pkt 1, § 5, § 8 ust. 2 pkt 2 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).

Zgodnie z dyspozycją art. 557 ustawy Prawo zamówień publicznych w wyroku oraz w postanowieniu kończącym postępowanie odwoławcze Izba rozstrzyga o kosztach postępowania odwoławczego. Zgodnie z art. 575 ustawy Prawo zamówień publicznych strony oraz uczestnik postępowania odwoławczego wnoszący sprzeciw ponoszą koszty postępowania odwoławczego stosownie do jego wyniku.

Z § 2 ust. 2 pkt 1 ww. rozporządzenia wynika, że wysokość wpisu wnoszonego w postępowaniu o udzielenie zamówienia na roboty budowlane o wartości nie przekraczającej progów unijnych, o których mowa w art. 3 ust. 1 ustawy Prawo zamówień publicznych, wynosi 10.000 złotych.

Zgodnie z § 5 rozporządzenia do kosztów postępowania odwoławczego, zalicza się:

1) wpis, obejmujący:

- a) wynagrodzenia, wydatki i opłaty Urzędu związane z organizacją i obsługą postępowań odwoławczych, archiwizacją dokumentów oraz szkoleniami członków Izby,
- b) wynagrodzenie i zwrot wydatków poniesionych przez biegłych, jeżeli dowód z opinii biegłego został dopuszczony przez Izbę z urzędu, oraz tłumaczy, w przypadku, o którym mowa w art. 548 ustawy,
- c) koszty przeprowadzenia innych dowodów w postępowaniu odwoławczym niż dowód z opinii biegłego, dopuszczonych przez Izbę z urzędu;

2) uzasadnione koszty stron postępowania odwoławczego, a w okolicznościach, o których mowa odpowiednio w § 7 ust. 2 pkt 2 i 3, ust. 3 i 4, § 8 ust. 2 pkt 2 i 3 oraz § 9 ust. 1 pkt 3 lit. b i pkt 4, koszty uczestnika postępowania odwoławczego, który przystąpił po stronie zamawiającego i wniósł sprzeciw, w wysokości określonej na podstawie rachunków lub spisu kosztów, złożonych do akt sprawy, obejmujące:

- a) koszty związane z dojazdem na wyznaczone posiedzenie lub rozprawę,
- b) wynagrodzenie i wydatki jednego pełnomocnika, jednak nieprzekraczające łącznie kwoty 3600 złotych,
- c) wynagrodzenie biegłych oraz zwrot poniesionych przez nich wydatków, jeżeli dowód z opinii biegłego został dopuszczony przez Izbę na wniosek strony lub uczestnika postępowania odwoławczego,
- d) inne uzasadnione wydatki, w tym koszty przeprowadzenia innych dowodów w postępowaniu odwoławczym niż dowód z opinii biegłego, dopuszczonych przez Izbę na wniosek strony lub uczestnika postępowania odwoławczego.

Z kolei § 8 ust. 2 pkt 2 rozporządzenia stanowi, że w przypadku oddalenia odwołania przez Izbę koszty ponosi odwołujący, a Izba zasądza koszty, o których mowa w § 5 pkt 2, od odwołującego na rzecz przystępującego, który wniósł sprzeciw.

W związku z powyższym Izba uwzględniła uiszczony przez Odwołującego wpis w wysokości 10.000 złotych oraz zasądziła od Odwołującego na rzecz Przystępującego kwotę 3.600 złotych tytułem wynagrodzenia pełnomocnika.

W związku z powyższym Izba orzekła jak w sentencji.

Przewodniczący: