

Sygn. akt: KIO 1471/22

**WYROK**  
**z dnia 20 czerwca 2022 r.**

Krajowa Izba Odwoławcza - w składzie:

**Przewodniczący: Izabela Niedziałek-Bujak**

**Protokolant: Rafał Komoń**

po rozpoznaniu na rozprawie w dniu 17 czerwca 2022 r. odwołania wniesionego do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej w dniu 31 maja 2022 r. przez Odwołującego – **D. M.** prowadzącego działalność gospodarczą pod firmą U. D. M., ul. Podgórna 14, 43-190 Mikołów, w postępowaniu prowadzonym przez Zamawiającego – **Spółka Restrukturyzacji Kopalń Spółka Akcyjna**, ul. Strzelców Bytomskich 207, 41-914 Bytom

przy udziale

Wykonawców wspólnie ubiegających się o zamówienie – K. Ż., G. Ż., prowadzący wspólnie działalność gospodarczą w formie spółki cywilnej pod nazwą Firma „ZK” spółka cywilna K. Ż., G. Ż., ul. Okrężna 24, 44-100 Gliwice, przystępujących po stronie Zamawiającego

**orzeka:**

1. Oddala odwołanie.
2. Kosztami postępowania odwoławczego obciąża Odwołującego i zalicza w poczet kosztów postępowania odwoławczego kwotę **10.000 zł 00 gr.** (słownie: dziesięć tysięcy złotych, zero groszy) uiszczoną przez Odwołującego tytułem wpisu od odwołania.

Stosownie do art. 580 ust. 1 ustawy z dnia 11 września 2019 r. – Prawo Zamówień Publicznych (Dz. U. 2021 r., poz. 1129 ze zm.) na niniejszy wyrok - w terminie 14 dni od dnia jego doręczenia - przysługuje skarga za pośrednictwem Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej do **Sądu Okręgowego w Warszawie.**

**Przewodniczący:** .....

Sygn. akt: KIO 1471/22

## **Uzasadnienie**

W postępowaniu prowadzonym w trybie podstawowym, na podstawie art. 275 pkt 2 ustawy Pzp, przez Zamawiającego – SRK S.A. z siedzibą w Bytomiu na rozbiórkę 5 obiektów budowlanych zlokalizowanych na terenie SRK S.A. Oddział w Suszcu KWK „Krupiński” wraz z likwidacją przyłączy, instalacji, urządzeń technicznych oraz pozostałego wyposażenia (nr ref. postępowania: ZP-K-0014/21), ogłoszonym w Biuletynie Zamówień Publicznych w dniu 4.2.2022 r., 2022/BZP 00045873/01, wobec czynności wyboru oferty najkorzystniejszej (Firma „ZK” s.c. K.G. Ż.), zaniechania odrzucenia ofert, Wykonawca D. M. (U. D. M.) wniósł w dniu 31 maja 2022 r. odwołanie do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej (sygn. akt KIO 1471/22).

Odwołujący zarzucił Zamawiającemu naruszenie:

1. art. 239 ust. 1 oraz art. 224 ust. 5 i 6 oraz art. 226 ust. 1 pkt 8 ustawy Pzp poprzez wybór oferty ZK oraz zaniechanie prawidłowej oceny wyjaśnień dotyczących zaoferowanej przez ZK ceny oraz zaniechanie odrzucenia oferty ZK z uwagi na niezłożenie wyjaśnień dotyczących ceny lub jako oferty zawierającej rażąco niską cenę;
2. art. 224 ust. 5 i 6 oraz art. 226 ust. 1 pkt 8 ustawy Pzp poprzez zaniechanie prawidłowej oceny wyjaśnień dotyczących zaoferowanej przez Wykonawcę SFW ceny oraz zaniechanie odrzucenia oferty SFW z uwagi na niezłożenie wyjaśnień dotyczących ceny lub jako oferty zawierającej rażąco niską cenę.

Odwołujący wniósł o uwzględnienie odwołania oraz nakazanie Zamawiającemu unieważnienia czynności z 26.5.2022 r. polegającej na wyborze oferty najkorzystniejszej, powtórzenia czynności badania i oceny ofert złożonych przez ZK i SFW, odrzucenia ofert ZK i SFW, dokonania wyboru oferty Odwołującego.

W uzasadnieniu zarzutów Odwołujący wskazał na następujące okoliczności faktyczne.

Z uwagi na zakres prac, jak i obowiązki nałożone na wykonawcę robót oraz charakter wynagrodzenia, którego podwyższenia nie będzie można żądać, zaoferowane ceny wymagały wyjaśnienia.

W przypadku ZK cena 3.689.997,54 zł brutto była niższa o 46.18% od szacowanej wartości zamówienia, a Wykonawca na wezwanie złożył w dniu 16.3.2022 r. wyjaśnienia. Wykonawca nie przedłożył na tym etapie jakichkolwiek dowodów potwierdzających koszty związane z zatrudnieniem pracowników. Swoje wyjaśnienia ograniczył jedynie do przedstawienia szczegółowej kalkulacji ceny, wykazania posiadanych środków trwałych oraz przedstawienia ofert cenowych niektórych materiałów budowlanych oraz kosztów utylizacji odpadów. Sama wysokość kosztów wykazanych to 1.191.083,15 zł oraz bardzo wysoki zysk (sięgający blisko 2 mln. zł). Brak jest wykazania kosztów pośrednich prowadzenia firmy, które stanowią

nieodłączny element wyceny i kosztorysów robót budowlanych, których łączny udział w koszcie samej rozbiórki może sięgać nawet 70%.

Ponadto, Odwołujący wskazał na nieścisłości i błędy matematyczne, m.in. w zakresie naliczania kosztów w poz. „Zasyp kruszywem budowlanym – materiał”, „Dostawa humusu”. Podana stawka 4 zł za tonę kruszywa budowlanego jest sprzeczna z dołączonymi do wyjaśnień dowodami – własną ofertą na materiały budowlane. Również przyjęta do kalkulacji stawka 20 zł netto za humus jest niższa od dołączonej oferty (30 zł/tona). Odwołujący kwestionuje założenie dotyczące transportu materiałów (możliwości wykorzystania samochodu do wywozu materiałów do utylizacji oraz transportu humusu).

W toku aukcji elektronicznej cena oferty ZK została zaproponowana na poziomie 1.766.880 zł brutto (o 32% niższa od średniej arytmetycznej oraz o ponad 82% od wartości zamówienia). W dniu 26.4.2022 r. Wykonawca złożył wyjaśnienia, w których poziom kosztów rozbiórkowych wyniósł 1.039.951,12 zł, wyjaśniając różnicę w wyliczeniach poprzednich kosztów omyłką w stawce 4 zł za kruszywo, która powinna wynosić 2 zł za tonę. Wykonawca nie przedstawił dowodów potwierdzających dostępność do materiału w tej stawce, a jedyny dowód wskazuje na koszty na poziomie od 32 do nawet 52 zł za tonę. Nawet zasypywanie wykopów przekruszonym gruzem, niebędącym odpadem, generuje wyższe koszty (od 8 zł do 29 zł/tona). Wykonawca wyliczył koszty tego materiału na 47 880 zł, a tymczasem ich realna wysokość to 191.520 zł (wysiewka) do 694.260 zł (kruszywo betonowe).

Wykonawca nie przedstawił nadal żadnych dowodów potwierdzających koszty transportu, a na te składać się będzie koszt transportu barkami rzeczными (wynajem nabrzeża, załadunek, czas postoju barek). W dalszym ciągu nieznana jest ostateczna liczba pracowników biorących udział w realizacji zamówienia.

Wykonawca obniżył koszty robót nieprzewidzianych z początkowych 150 000 zł do 4674,94 zł w ofercie ostatecznej. Zakres prac nie uległ zmianie, podobnie jak ryzyka.

Zgodnie z warunkiem udziału, Wykonawca ma dysponować minimum 2 pracownikami posiadającymi uprawnienia spawalnicze gazowe, przepalacze, tymczasem w kalkulacji uwzględniono koszt pracy jedynie jednego spawacza.

W odniesieniu do oferty Wykonawcy SFW Odwołujący składał wyjaśnienia w odniesieniu do ceny wstępnej (2.407.109,98 zł) oraz ceny ostatecznej po aukcji elektronicznej (1.199.000 zł brutto). Wykonawca jedynie ograniczył się do stwierdzenia, że po gruntownym przemyśleniu tematu pragnie zaproponować nową optymalną i bardziej atrakcyjną cenową ofertę. Wykonawca obniżył stawkę wynagrodzenia za pracę z 30 zł za godzinę do 21,60 zł/godzina. Obecnie stawka minimalna to 19,70 zł/godzina, co nie uwzględnia dodatkowych kosztów

pracodawcy w zakresie składek ZUS, itp. Budzi to wątpliwości co do wiarygodności wyjaśnień. Wątpliwości budzi również obniżenie kosztów pośrednich.

Ponadto, Wykonawca znaczenie zmniejszył w kalkulacji czas pracy, powołując się na nowsze, bardziej nowoczesne maszyny o większej wydajności i mniejszym zużyciu paliwa.

Do postępowania odwoławczego przystąpił po stronie Zamawiającego wykonawcy wspólnie ubiegający się o zamówienie K. Ż., G. Ż. (Firma ZK s.c. K. Ż., G. Ż.).

Zamawiający złożył odpowiedź na odwołanie i wniósł o jego oddalenie w całości.

Zamawiający przedstawił ogólne założenia dotyczące oceny wyjaśnień w zakresie rażąco niskiej ceny, jak również odniósł się do wskazanych w odwołaniu nieścisłości pomiędzy kalkulacją ceny a dowodami. W szczególności, w odniesieniu do wykonania zasypu kruszywem budowlanym, Zamawiający wskazał, iż załączona do wyjaśnień oferta własna wykonawcy dotyczy kwoty sprzedaży kruszywa budowlanego, co ma tłumaczyć niższą wartość przyjętą do kalkulacji. Również w odniesieniu do dostawy humusu w kalkulacji przyjęto kwotę niższą od oferty sprzedaży humusu. Do wyjaśnień z 16.03.2022 r. Wykonawca załączył decyzję na przetwarzanie odpadów gruzu betonowego z rozbiórek, co realnie zmniejsza koszty materiału zasypowego.

Zmniejszenie kosztów robót nieprzewidzianych stanowi efekt zmniejszenia ceny po aukcji elektronicznej, przy zachowaniu procentowego udziału tych kosztów w cenie netto (5%).

Wbrew stanowisku Odwołującego, kalkulacja uwzględnia koszt pracy dwóch spawaczy, co potwierdza matematyczne wyliczenie kosztów, przy pomyłce wskazującej na 1 osobę (45 dni x 220 x 2 = 19 800).

Zamawiający wyjaśnił różnice w wycenie kosztorysowej prac rozbiórkowych, dla których przyjęto pozycje katalogowe uwzględniające wykonanie ręczne, a nie mechaniczne z wykorzystaniem maszyn.

Zamawiający ocenił, iż odwołanie nie kwestionuje wysokości ceny, ile ich szczegółowość. Brak konkretnych zarzutów ze wskazaniem przyczyn uzasadniających uznanie zaoferowanej ceny za rażąco niską uniemożliwiło Zamawiającemu zajęcie merytorycznego stanowiska w sprawie.

Replikę do odpowiedzi Zamawiającego na odwołanie Odwołujący przedstawił w piśmie z 17.06.2022 r. wniesionym do akt sprawy przed otwarciem posiedzenia.

W rozprawie udział wziął wyłącznie pełnomocnik Odwołującego. Zarówno Zamawiający, jak i Przystępujący po jego stronie, zawiadomieni o terminie posiedzenia, nie stawili się. Zamawiający swoje stanowisko przedstawił w piśmie procesowym, do którego odniósł się Odwołujący w piśmie i podtrzymał je na rozprawie.

## **Stanowisko Izby**

Do rozpoznania zarzutów w odwołaniach zastosowanie znajdowały przepisy ustawy z dnia 11 września 2019 r. Prawo zamówień publicznych (Dz. U. z 2021 r., poz. 1129 ze zm.), obowiązującej w dacie wszczęcia postępowania o udzielenie zamówienia, zwana dalej Ustawą.

Odwołanie nie podlegało odrzuceniu i takich wniosków również nie formułowano w pismach procesowych, jak i w toku posiedzenia niejawnego przed otwarciem rozprawy.

Rozpoznając odwołania Izba miała na uwadze stan faktyczny ustalony w oparciu o dokumentację postępowania złożoną do akt sprawy, w tym ofertę Constructo wraz z wyjaśnieniami z 12.5.2022 r.

### **Izba ustaliła i zważyła.**

Jedynym kryterium oceny ofert była cena (pkt 21 swz).

W piśmie z 4.2.2022 r. Zamawiający poinformował o kwocie środków, jaką zamierza przeznaczyć na sfinansowanie zamówienia, tj. 4.569.310,00 zł brutto. Szacunkowa wartość zamówienia powiększona o należny podatek ustalona przed wszczęciem postępowania wyniosła 6.856.721,21 zł brutto. Wartość ta wskazana została w wezwaniach do wyjaśnienia ofert wstępnych z 10.3.2022 r.

W terminie składania ofert złożonych zostało 14 ofert z cenami od: 714.400,00 zł brutto do 7.429.200,00 zł brutto.

31.3.2022 r. Zamawiający na wniosek jednego z wykonawców udostępnił dokumenty złożone w ofertach U., SFW, Pol Invest, ZK

Pismem z 1.04.2022 r. Zamawiający zaprosił do aukcji elektronicznej pięciu wykonawców.

Po aukcji ceny ostateczne ukształtowały się na poziomie brutto: 1.150.000,00 (Firma ZK s.c. K. Ż., G. Ż.), 1.199.000,00 zł (SFW Wyburzenia sp. z o.o. sp.k.), 1.512.900,00 zł (U. D. M.), 2.374.000,00 zł (Energokon-Plus sp. z o.o.), 2.598.500,00 zł (Pol Invest Group sp. z o.o.).

Ocenie pod kątem rażąco niskiej ceny podlegały ostatecznie ceny zaproponowane po aukcji elektronicznej, której wyniki ustaliły wynik postępowania. Cena oferty Odwołującego nie uległa zmianie po aukcji i wyniosła 1.512.900,00 zł brutto. Zamawiający wzywał do wyjaśnienia ceny czterech pozostałych wykonawców, którzy uczestniczyli w aukcji elektronicznej.

W wezwaniu z 21.4.2022 r. skierowanym do Firma ZK s.c. K. Ż., G. Ż. Zamawiający wskazał, że zarówno w odniesieniu do średniej arytmetycznej ofert (1.766.880,00 zł), jak i wartości zamówienia brutto, cena jest niższa odpowiednio o 32,14% i 82,51%. Mając na uwadze szczegółowe wyjaśnienia tego Wykonawcy z 16.3.2022 r., Zamawiający wezwał do wskazania pozycji, które uległy zmianie po złożeniu oferty podczas aukcji elektronicznej. Zamawiający wystąpił o informację, *czy zaoferowana cena wskazana podczas aukcji elektronicznej obejmuje całkowity koszt wykonania przedmiotu zamówienia oraz o przedłożenie aktualizacji kosztorysu/kalkulacji, z uwzględnieniem: robocizny, kosztów zakupu materiałów oraz kosztów pracy sprzętu.*

Podobniej treści wezwanie do wyjaśnień zostało skierowane do wykonawcy SFW Wyburzenia Sp. z o.o. sp.k., który w ofercie dodatkowej zaoferował cenę niższą o 66,66% od wartości zamówienia (wezwanie z 8.4.2022 r.).

W dodatkowych wyjaśnieniach z 26.04.2022 r. Wykonawca - Firma ZK s.c. K. Ż., G. Ż. wskazał na zmianę wyceny pozycji, która wpłynęła zasadniczo na obniżenie ceny wstępnie zaoferowanej w kwocie 3.689.997,54 zł brutto (dla pięciu obiektów budowlanych). Pozycje te dotyczyły: zysku netto spółki (z 1.658.955,05 do 100.670,07 zł), „Zasyp kruszywem budowlanym – materiał” (zmniejszenie kosztów o 47.880,00 zł) oraz „Rezerwa na nieprzewidziane koszty”.

Odwołujący w swoich wyjaśnieniach z 16.3.2022 r. w odniesieniu do kosztów osobowych wskazał stawkę 19,70 zł brutto, co daje wynagrodzenie miesięczne 3010 zł. Załączył oferty na dostawę humusu w cenie 35 zł/tona, jak również przekruszu budowlanego za cenę 10 zł/tona, odbioru gruzu (6 zł/tona), utylizacji papy (600 zł/tona), utylizacji wełny mineralnej (1200 zł/tona). W cenie uwzględniono wynagrodzenie dla kierowników w wysokości 3500 zł/miesięcznie. Koszty zatrudnienia pracowników na umowę o pracę Odwołujący uwzględnił w kosztach pośrednich wykazanych dla każdego zadania. Odwołujący wskazał w swoich wyjaśnieniach na błędne założenie przyjęte w kosztorysie inwestorskim w zakresie rozbiórki konstrukcji żelbetowych: *W projektach rozbiórek w zdecydowanej większości projektant zaleca mechaniczne prowadzenie rozbiórki z wykorzystaniem ciężkiego sprzętu budowlanego w postaci koparki o minimalnym wysięgu 18 metrów. Tymczasem kosztorys inwestorski opracowany na podstawie udostępnionego nam przedmiaru zawiera błędy i jest opracowany niezgodnie z założeniami projektu rozbiórki. Analizując w sposób dokładny przedmiar widzimy, że kosztorysant w zakresie rozbiórki konstrukcji żelbetowych zbiorników korzystał z katalogu nakładów rzeczowych o numerze KNR 404 0306 01. Jeśli faktycznie sprawdzimy co zawiera przywołany przez kosztorysanta katalog, okazuje się, że wycenia on ręczną rozbiórkę konstrukcji żelbetowych. Co jest niezgodne z założeniami projektu rozbiórki. W ocenie Odwołującego podwyższa to w sposób sztuczny cenę rozbiórki*

względem mechanicznego sposobu prowadzenia prac. Tym samym doszło do sztucznego zawyżenia wartości zamówienia, *przez co nasza oferta podlega pod RNC. Dodatkowo kosztorysant zakłada zawyżone ilości materiału do zasypki, ponieważ nie uwzględnił możliwości wykorzystania gruntu rodzimego tworzącego nasyp.* Założony zysk dla poszczególnych elementów rozbiórki Odwołujący przyjął w wysokości 30% (cz. I i II), 50% (cz. III) i 18 % (cz. IV i V), co stanowi wartość łączną w cenie oferty sięgającą kwoty netto: 84.838,46 zł + 84.838,46 zł + 44.817,97 zł + 25.140,46 zł + 25.140,46 zł, (razem: 264.775,81 zł netto, 325.674,25 zł brutto).

Cena oferty Odwołującego po aukcji pozostała na tym samym poziomie i wyniosła 1.512.900,00 zł i była wyższa od ceny oferty wybranej o 362.900 zł brutto, a od drugiej w kolejności oferty (SFW Wyburzenia) o 313.900 zł brutto.

Wykonawca SFW do wyjaśnień z 16.3.2022 r. załączył kosztorysy szczegółowe, w których wysokość zysku przyjął na poziomie 20% dla każdego z pięciu obiektów podlegającego rozbiórce.

#### **Izba uznała, iż**

Odwołanie nie podlegało odrzuceniu i takich wniosków również nie złożono w pismach procesowych Zamawiającego i Przystępującego po jego stronie.

Odwołujący posiada interes w uzyskaniu zamówienia i może ponieść szkodę w wyniku wyboru oferty konkurencyjnej, co pozbawia go szansy na uzyskanie zamówienia i realizację.

Odnosząc się do zarzutów skierowanych wobec obu ofert, które w rankingu ofert były wyżej od oferty Odwołującego, w odwołaniu zasadniczy akcent został położony na wykazanie braku rzetelności wyjaśnień złożonych w zakresie rażąco niskiej ceny (wyjaśnienia RNC), w tym w szczególności braku dowodów.

Oddalając zarzuty Izba uznała, iż porównanie zarówno cen trzech najniższych ofert, jakie zostały ostatecznie wynegocjowane w toku aukcji, jak również szczegółowość wyjaśnień RNC wszystkich trzech wykonawców pozwala uznać, iż prezentują one realną rynkową wartość przedmiotu zamówienia. Izba podziela wątpliwości, jakie Odwołujący podniósł w swoich wyjaśnieniach z 16.3.2022 r. wobec szacowanej wartości zamówienia, która została znacząco zawyżona, a to miało swoje uzasadnienie w przyjętym sposobie wykonania prac rozbiórkowych (ręczne) oraz ilości materiałów. Zamawiający przyznał tą okoliczność w odpowiedzi na odwołanie. Okoliczność ta w odniesieniu do ceny Wykonawcy SFW, jak i ceny zaproponowanej przez Odwołującego stanowiła wyłączne uzasadnienie dla wezwania do wyjaśnień RNC. Tym samym można uznać, iż w momencie wzywania do wyjaśnień wystąpiły okoliczności, znane Zamawiającemu, które uzasadniały znaczącą różnicę cen ofert do

wartości szacowanej przez Zamawiającego, a tym samym nie można automatycznie przesądzić, iż wystąpiło podejrzenie zaoferowania RNC. W orzecznictwie również sądowym wskazuje się, że nie zawsze różnica w stosunku do wartości szacunkowej zamówienia sięgająca ustawowego progu 30% stanowi wiarygodny miernik. Przykładowo w wyroku z 25.10.2021 r. Sąd Okręgowy w Warszawie uznał, iż nie jest właściwym odniesienie do przeszacowanej przez zamawiającego wartości oferty, jako elementu weryfikującego z art. 90 ust. 1a. Przesłanki z art. 90 ust. 1a (obecnie art. 224 ust. 2 Ustawy) nie mają charakteru automatycznego, niepodlegającego weryfikacji w zależności od tego z jakimi elementami zamówienia mamy do czynienia. W ocenie sądu podlegają one każdorazowym, indywidualnym ustaleniom. Wyjątkiem zwalniającym z obowiązku wezwania do wyjaśnień, jest sytuacja, gdy rozbieżności wynikają z okoliczności oczywistych, które nie wymagają wyjaśnienia.

W ocenie składu orzekającego, wskazane przez Zamawiającego w odpowiedzi na odwołanie i przyznane przez Odwołującego w jego wyjaśnieniach RNC z 16.3.2022 r. okoliczności dotyczące szacowania kosztów wykonania prac rozbiórkowych w kosztorysie inwestorskim stanowią o braku właściwego miernika dla ustalenia wystąpienia uzasadnienia dla podejrzenia wystąpienia rażąco niskiej ceny w odniesieniu do Wykonawcy SFW. W tej sytuacji, chociaż do wykonawcy zostało skierowane wezwanie, to nie powinno ono wywoływać negatywnych konsekwencji, jakie Ustawa wiąże z brakiem obalenia domniemania rażąco niskiej ceny. Tym samym oceniając zasadność zarzutu zaniechania odrzucenia oferty Wykonawcy SFW Izba zobowiązana była przyjąć, iż to na Odwołującym spoczywał ciężar wykazania rażąco niskiej ceny tej oferty, a do tego nie było wystarczające powołanie się na braki w wyjaśnieniach RNC tego Wykonawcy. Porównując ofertę SFW z ofertą Odwołującego, zasadniczą okolicznością wpływającą na poziom zaoferowanej ceny jest przyjęty przez obu wykonawców zysk. Odwołujący w swojej kalkulacji założył wyższy zysk dla trzech obiektów najwyżej wycenionych (odpowiednio 30% i 50% - 263.828,71 zł brutto uwzględnione w cenie) i niższy dla dwóch pozostałych (18% - 61.845,53 zł brutto uwzględnione w cenie oferty), co znacząco podwyższyło cenę wobec założonego w ofercie SWF zysku na poziomie 20% (239.800 zł brutto – całkowity udział zysku w cenie oferty). Odwołujący kwestionował stawkę roboczogodziny przyjętą przez tego Wykonawcę, a jednocześnie sam do wyliczenia kosztów osobowych przyjął niższą od wskazanej w kosztorysie ofertowym SFW.

Ponieważ Odwołujący nie przedstawił przekonujących argumentów mogących wskazywać na rzeczywiste zaniżenie kosztów w cenie SFW Izba oddaliła odwołanie wobec tej oferty.

Odnosząc się natomiast do ceny oferty wybranej, która była niższa nie tylko w odniesieniu do szacowanej wartości zamówienia, ale także do średniej arytmetycznej ofert (1.766.880,00 zł)



- o 32,14%, w ocenie składu orzekającego, wyjaśnienia tego Wykonawcy wraz z dowodami wskazywały na wystąpienie okoliczności uzasadniających tą różnicę. Dotyczy to przede wszystkim wykorzystania sprzętu stanowiącego własność Wykonawcy, obejmujący szereg specjalistycznych maszyn (wykazane raportem o środkach trwałych), możliwości samodzielnego przetworzenia materiału z rozbiórki i jego wykorzystania do zasypywania placu po rozbiórce (wykazane decyzjami), czy też dalszej odsprzedaży, jako pełnowartościowy materiał budowlany. Przede wszystkim należy podkreślić, iż ocena wyjaśnień danego wykonawcy nie może być dyktowana sposobem w jaki sam Odwołujący wykazywał rzetelność własnej kalkulacji i jego oczekiwaniami, co do zakresu informacji, jakie miałyby uzasadniać zaproponowaną cenę oferty konkurencyjnej. Indywidualna sytuacja każdego wykonawcy determinuje zakres informacji i ich charakter, a zasadniczo to wezwanie Zamawiającego zawierające szczegółowe pytania wyznaczało sposób w jaki wykonawcy wykazywali przyjęte do kalkulacji założenia. Tym samym nie było koniecznym, aby wyjaśnienia prezentowały każdą pozycję kosztową, w tym oczekiwane przez Odwołującego koszty pośrednie, koszty załadunku, czy też transportu. Wykonawca udzielając odpowiedzi na pytania Zamawiającego dołączał takie dowody, które w jego ocenie uprawdopodobniały poprawność wyliczeń prezentowanych w większej szczegółowości, niż było to wymagane w samej ofercie. Tym samym, nie każdy brak wskazany w odwołaniu miał znaczenie dla oceny kalkulacji wykonawcy. Należy również zaznaczyć, iż w odwołaniu nie został postawiony zarzut niezgodności oferty z wymaganiami zamówienia, a zatem oceniając chociażby okoliczność związaną z kosztami pracowniczymi i ustaleniem, czy w kalkulacji przyjęć należało koszty dwóch spawaczy, ewentualna nieścisłość nie oznaczała automatycznie, że cena oferty jest rażąco niska.

W ocenie składu orzekającego, różnica w cenie materiału przyjętego w kalkulacji oferty wybranej miała znaczący wpływ na wysokość kosztów, gdyż te w ofercie Odwołującego były przyjęte w oparciu o oferty dostawy humusu w cenie 35 zł/tona, jak również przekruszu budowlanego za cenę 10 zł/tona.

Oferta sprzedaży kruszywa betonowego, po jakiej ZK oferuje na rynku materiał budowlany wskazuje na poziom cen znacząco przekraczający kwotę, jaką nawet sam Odwołujący przyjął w ofercie, chociaż pozyskiwać ma materiał z rynku. Wniosek jaki z tego wynika jest taki, że pozyskany z rozbiórki materiał stanowi dla ZK nie koszt lecz zysk, co pozwala znacząco obniżyć koszty wykonania prac rozbiórkowych. Jednocześnie okoliczność ta tłumaczyła znacząco niższy koszt materiału, który nie jest dostępny dla Odwołującego, pozyskującego z rynku materiał budowlany. Skład orzekający uznał, iż właśnie takie okoliczności mogą decydować o możliwości obniżenia ceny. Tym samym stwierdzenie

istotnej różnicy w kosztach materiału budowlanego nie prowadzi do stwierdzenia rażąco niskiej ceny, na co miałyby wskazywać wyjaśnienia wybranego Wykonawcy.

Odnosząc się natomiast do wyliczonych kosztów pracowniczych, Odwołujący zasadniczo wskazywał na niedostateczne wyjaśnienie tego ilu pracowników będzie zaangażowanych w prace rozbiórkowe, jak również wskazał na błąd w ilości spawaczy przyjętych w kalkulacji kosztów. W ocenie składu orzekającego przyjęcie kosztów pracy zatrudnienia 1 spawacza jeszcze nie dowodziło rażąco niskiej ceny, gdyż poziom zysku uwzględniony w kalkulacji pozwala pokryć różnicę, jaka byłaby w wyliczeniu kosztów pracowniczych przy ilości 2 spawaczy. Ponadto, warto zauważyć, iż koszty pracodawcy przyjęte w kalkulacji ZK były istotnie wyższe, od tych jakie przyjął Odwołujący, co również podważa argument odwołania. W odniesieniu do tego elementu kalkulacyjnego Izba uwzględniła fakt, iż w kosztorysie ZK nie była to jedyna pozycja uwzględniająca koszty wynagrodzeń pracowniczych, a ponadto dla stwierdzenia, czy podana kwota 19.800,00 zł pozwala pokryć koszty pracy spawaczy, koniecznym było również uwzględnienie czasu pracy, a ten został opisany 90 dniami, chociaż w innej pozycji było to już 45 dni. Sposób w jaki przedstawiono w kalkulacji szczegółowej koszty pracownicze wynikał przede wszystkim ze stawki dziennej (220 zł), która po przeliczeniu na wynagrodzenie miesięczne pracownika generowała koszty pracodawcy na poziomie 5280 zł, co znacząco przewyższało koszty, jakie Odwołujący przyjął w swojej kalkulacji. Chociaż informacje te mogłyby być dalej rozwinięte w wyjaśnieniach, to w ocenie Izby jeszcze nie przesądzały o rażąco niskiej cenie. W szczególności, wniosku takiego nie uprawniał wykazywany w odwołaniu brak „jakichkolwiek kosztów pośrednich”. Przyjmując optykę Odwołującego, który uzasadniał znaczenie tych kosztów wskazaniem na ich udział w kosztach rozbiórki: „W zależności od specyfiki koszty wynoszą nawet do 70% kosztów samych robót rozbiórkowych”, należałoby przyjąć, iż cena oferty wybranej, w ogóle nie uwzględnia tych kosztów, a cenę oferty należałoby powiększyć znacząco powyżej ceny oferty Odwołującego. Zasadniczo, konstrukcja uzasadnienia zarzutu sprowadza się do promowania wyłącznie takiego sposobu prezentacji kosztów, jaki przyjął Odwołujący, a to, co zostało już wskazane wcześniej, nie ma uzasadnienia ani w przepisach Ustawy, ani w wezwaniu Zamawiającego do złożenia wyjaśnień.

W replice do odpowiedzi na odwołanie Odwołujący dodatkowo kwestionował wysokość wynagrodzenia dla kierownika budowy, co w ocenie składu orzekającego wykaczało poza podstawę faktyczną zarzutu i nie mogło prowadzić do rozszerzenia odwołania na okoliczności dotyczące wynagrodzenia kierowników robót budowlanych.

W świetle powyższego orzeczono jak w sentencji.

O kosztach postępowania orzeczono stosownie do wyniku na podstawie art. § 5, § 7 ust. 3 i 4 oraz § 8 ust. 2 pkt 1 w zw. z § 11 rozporządzenia Prezesa Rady Ministrów z dnia 31 grudnia 2020 r. w sprawie szczegółowych rodzajów kosztów postępowania odwoławczego, ich rozliczania oraz wysokości i sposobu pobierania wpisu od odwołania (Dz. U. poz. 2437). Izba zaliczyła do kosztów postępowania wpis wniesiony przez Odwołującego w wysokości 10.000,00 zł. oraz koszty wynagrodzenia pełnomocnika Odwołującego w kwocie 3.600,00 zł i obciążyła nimi Odwołującego.

**Przewodniczący: .....**