

Sygn. akt: KIO 3095/20

WYROK
z dnia 23 grudnia 2020 r.

Krajowa Izba Odwoławcza - w składzie:

Przewodniczący: Aleksandra Patyk

Protokolant: Piotr Cegłowski

po rozpoznaniu na rozprawie w dniu 18 grudnia 2020 r. w Warszawie odwołania wniesionego do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej w dniu 24 listopada 2020 r. przez wykonawcę **Foxmet Sp. z o.o. z siedzibą w Czerwionce – Leszczynach** w postępowaniu prowadzonym przez **Spółkę Restrukturyzacji Kopalń S.A. z siedzibą w Bytomiu**,

przy udziale:

- A. wykonawcy **Tree Capital Sp. z o.o. z siedzibą w Łubnie** zgłaszającego przystąpienie do postępowania odwoławczego w sprawie o sygn. akt: KIO 3095/20 po stronie Zamawiającego,
- B. wykonawcy **Developer i Recykling Sp. z o.o. z siedzibą w Zabrze** zgłaszającego przystąpienie do postępowania odwoławczego w sprawie o sygn. akt: KIO 3095/20 po stronie Zamawiającego,
- C. wykonawcy **ENERGOKON-PLUS Sp. z o.o. z siedzibą w Sosnowcu** zgłaszającego przystąpienie do postępowania odwoławczego w sprawie o sygn. akt: KIO 3095/20 po stronie Odwołującego,

orzeka:

1. Uwzględnić odwołanie i nakazuje Zamawiającemu unieważnienie czynności wyboru najkorzystniejszej oferty w zakresie części I, III, IV i V postępowania o udzielenie zamówienia publicznego, powtórzenie czynności badania i oceny ofert w ww. częściach, w tym odrzucenie ofert wykonawcy Tree Capital Sp. z o.o. z siedzibą Łubnie w części I i III, odrzucenie oferty wykonawcy Developer i Recykling Sp. z o.o. z siedzibą w Zabrze w części IV, odrzucenie oferty wykonawców wspólnie ubiegających się o udzielenie zamówienia K. Ż., G. Ż. prowadzących działalność gospodarczą pod nazwą FIRMA ZK S.C. K. Ż., G. Ż. w części V - na podstawie art. 89 ust. 1 pkt 4 w zw. z art. 90 ust. 3 ustawy Prawo zamówień publicznych.

2. Pozostałe zarzuty odwołania oddala.
3. Kosztami postępowania obciąża Zamawiającego - **Spółkę Restrukturyzacji Kopalń S.A. z siedzibą w Bytomiu** i:
 - 3.1. zalicza w poczet kosztów postępowania odwoławczego kwotę 10 000 zł 00 gr (słownie: dziesięć tysięcy złotych zero groszy) uiszczoną przez Odwołującego - wykonawcę **Foxmet Sp. z o.o. z siedzibą w Czerwionce – Leszczynach** tytułem wpisu od odwołania,
 - 3.2. zasądza od Zamawiającego - **Spółki Restrukturyzacji Kopalń S.A. z siedzibą w Bytomiu** na rzecz Odwołującego - wykonawcy **Foxmet Sp. z o.o. z siedzibą w Czerwionce – Leszczynach** kwotę 13 600 zł 00 gr (słownie: trzynaście tysięcy sześćset złotych zero groszy) stanowiącą uzasadnione koszty strony poniesione z tytułu wpisu od odwołania oraz wynagrodzenia pełnomocnika.

Stosownie do art. 198a i 198b ustawy z dnia 29 stycznia 2004 r. - Prawo zamówień publicznych (t.j. Dz. U. z 2019 r. poz. 1843) na niniejszy wyrok - w terminie 7 dni od dnia jego doręczenia - przysługuje skarga za pośrednictwem Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej do Sądu Okręgowego w **Katowicach**.

Przewodniczący:

Uzasadnienie

Zamawiający – Spółka Restrukturyzacji Kopalń S.A. z siedzibą w Bytomiu [dalej „Zamawiający”] prowadzi postępowanie o udzielenie zamówienia publicznego w trybie przetargu nieograniczonego na *likwidację obiektów powierzchniowych SRK S.A. w Bytomiu Oddział w Katowicach KWK „Boże Dary – Mysłowice – Wesola I” Ruch KWK „Mysłowice – Wesola I” z podziałem na 5 Części* (znak postępowania: ZP-MW-0007/20).

Ogłoszenie o zamówieniu zostało zamieszczone w Biuletynie Zamówień Publicznych w dniu 7 września 2020 r. pod numerem 581931-N-2020.

W dniu 24 listopada 2020 r. wykonawca Foxmet Sp. z o.o. z siedzibą w Czerwionce - Leszczynach [dalej „Odwołujący”] wniósł odwołanie w zakresie części I, III, IV oraz V zamówienia zarzucając Zamawiającemu naruszenie:

1. art. 24 ust. 1 pkt 12 w zw. z art. 22 ust. 1 pkt 2 ustawy Pzp, poprzez zaniechanie wykluczenia z postępowania wykonawców wspólnie ubiegających się o udzielenie zamówienia K. Ż., G. Ż. prowadzących działalność gospodarczą pod nazwą FIRMA ZK S.C. K. Ż., G. Ż. [dalej „Firma ZK”], podczas gdy ww. wykonawca nie wykazał, że dysponuje minimum 1 koparko-ładowarką o pojemności łyżki minimum 0,25 m³ albo koparką i ładowarką o pojemności łyżki 0,25 m³ i 2,5 m³;
2. art. 89 ust. 1 pkt 4 w zw. z art. 90 ust. 2 i 3 ustawy Pzp, poprzez zaniechanie odrzucenia ofert wykonawców Tree Capital Sp. z o.o. z siedzibą w Łubnie [dalej „Tree”] (Część I i III), Developer i Recykling Sp. z o.o. z siedzibą w Zabrze [dalej „Developer i Recykling”] (Część IV) oraz Firmy ZK (Część V) jako ofert zawierających rażąco niskie ceny, podczas gdy treść udzielonych przez ww. wykonawców wyjaśnień potwierdza, że oferty zawierają rażąco niskie ceny z przyczyn wskazanych w uzasadnieniu odwołania;
3. art. 91 ust. 1 ustawy Pzp, poprzez dokonanie wyboru ofert wykonawców Tree (Część I i III), Developer i Recykling (Część IV) oraz Firmy ZK (Część V) jako ofert najkorzystniejszych w niniejszym postępowaniu, podczas gdy oferty ww. wykonawców podlegają odrzuceniu z powodu rażąco niskiej ceny, a wykonawca Firma ZK podlega wykluczeniu z postępowania w związku z brakiem wykazania spełnienia warunków udziału w postępowaniu.

Wobec ww. zarzutów Odwołujący wniósł o nakazanie Zamawiającemu:

1. unieważnienia czynności wyboru oferty najkorzystniejszej w zakresie części I, III, IV i V;
2. dokonania odrzucenia oferty wykonawcy Tree w zakresie części I i III;

3. dokonania odrzucenia oferty wykonawcy Developer i Recycling w zakresie części IV;
4. wykluczenia z postępowania wykonawcy Firma ZK w zakresie Części V;
6. dokonania odrzucenia oferty wykonawcy Firma ZK w zakresie Części V;
7. powtórzenia czynności oceny ofert i wyboru oferty najkorzystniejszej w zakresie części I, III, IV i V.

W uzasadnieniu odwołania Odwołujący przedstawił stan faktyczny sprawy.

W zakresie zarzutu dotyczącego zaniechania odrzucenia oferty wykonawcy Tree z części I zamówienia Odwołujący zakwestionował tabelę obrazującą sposób kalkulacji ceny w tej części. Odwołujący wskazał, że z tabeli wynika, że dodatkowe koszty pośrednie związane z realizacją części I zamówienia wykonawca Tree założył na niewielkim poziomie 2,00%, co oznacza kwotę 342,55 zł netto. Z kolei zysk założono na poziomie 16,34%, tj. 2 855,06 zł. Powyższe założenia prowadzą do wniosku, że cena zaoferowana przez Tree w odniesieniu do części I zamówienia stanowi cenę rażąco niską niewspółmierną do kosztów wykonania zamówienia.

Odwołujący wskazał, iż po pierwsze, wykonawca Tree nie przedstawił żadnych dowodów na potwierdzenie ceny na utylizację gruzu oraz mieszanki mineralno - bitumicznej. Tymczasem, w celu należytego wykonania zamówienia wykonawca poniesie koszty utylizacji mieszanki mineralno-bitumicznej na poziomie 3 375,00 zł netto (225 ton x 15 zł = 3 375,00 zł). Wykonawca Tree wywóz i utylizację tego odpadu wliczył do kosztów utylizacji gruzu. Mieszanka mineralno - bitumiczna posiada inny kod odpadu, w związku z czym nie może zostać utylizowana wraz z gruzem. Po drugie, wykonawca Tree nie przedstawił żadnych dowodów na potwierdzenie ceny zakupu piasku do zasypek. Po trzecie, wykonawca Tree nie uwzględnił kosztów ochrony. W związku z treścią Załącznik 2 do SIWZ pkt 9 strona 32, Wykonawca zabezpieczy na własny koszt ochronę pozyskanego z rozbiórki złomu stalowego do czasu przekazania go Zamawiającemu protokołem zdawczo - odbiorczym. Zakładając czas realizacji rozbiórki 3 dni oraz obowiązek zapewnienia ochrony poza godzinami pracy wykonawcy (16 godzin na dobę) oraz stawkę godzinową firmy ochroniarskiej 24 zł należy założyć koszt ochrony na poziomie 1 152,00 zł.

Reasumując Odwołujący wskazał, że łączna wysokość wydatków nieprzewidzianych bądź zaniżonych przez Tree w zakresie Części I zamówienia wynosi 4 527,00 zł. Biorąc pod uwagę koszty pośrednie w wysokości 342,55 zł oraz zysk w wysokości 2 855,06 zł stwierdził, że cena ww. wykonawcy jest ceną rażąco niską albowiem koszty wykonania zamówienia nie pozwalają na osiągnięcie zysku z realizacji zamówienia w części I.

Przechodząc do zarzutu dotyczącego zaniechania odrzucenia oferty wykonawcy Tree z części III zamówienia Odwołujący zakwestionował tabelę obrazującą sposób kalkulacji ceny w zakresie w ww. części. Odwołujący wskazał, że z tabeli wynika, iż dodatkowe koszty

pośrednie związane z realizacją części III zamówienia wykonawca Tree założył na poziomie 5,00%, co oznacza kwotę 2 576,90 zł netto. Z kolei zysk założono na poziomie 20,19%, t.j. 10 925,82 zł netto. Powyższe założenia prowadzą do wniosku, że cena zaoferowana przez Tree w odniesieniu do części III zamówienia stanowi ceną rażąco niską niewspółmierną do kosztów wykonania zamówienia.

Odwołujący wskazał, iż po pierwsze, wykonawca Tree nie przedstawił żadnych dowodów na potwierdzenie zadeklarowanych kosztów wykonania zamówienia. W szczególności, brakuje dowodu na utylizację gruzu (nie wiadomo gdzie i w jakiej cenie ww. odpad zostanie zutylizowany). Brakuje również dowodu na zakup piasku. W reszcie wykonawca Tree nie przedłożył dowodu potwierdzającego wysokość kosztów utylizacji papy i azbestu. Uzasadniał, że podobnie jak w części I, wykonawca Tree nie uwzględnił kosztów ochrony pozyskanego z rozbiórki złomu stalowego do czasu przekazania go Zamawiającemu protokołem zdawczo - odbiorczym (Załącznik 2 do SIWZ pkt 9 strona 32). Powyższe wymagania OPZ implikują konieczność zapewnienia stałego dozoru (ochrony fizycznej) terenu rozbiórki w okresie realizacji zamówienia. Zakładając czas realizacji rozbiórki 7 dni oraz obowiązek zapewnienia ochrony poza godzinami pracy wykonawcy (16 godzin na dobę) oraz stawkę godzinową firmy ochroniarskiej 24 zł należy założyć koszt ochrony na poziomie 2 688,00 zł. Ponadto, wykonawca Tree nie uwzględnił w kalkulacji ceny kosztów związanych z pracą przy azbecie (zgłoszenie prac do odpowiednich instytucji, zakup odzieży, zabezpieczenie odpadu itp.).

Reasumując Odwołujący wskazał, że na wezwanie Zamawiającego wykonawca Tree odniósł się w sposób ogólnikowy. Tymczasem, powszechnie przyjmuje się, że wyjaśnienia wykonawcy, udzielone w trybie art. 90 ust. 1 ustawy Pzp, 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 (por. wyrok Krajowej Izby Odwoławczej z dnia 6 lutego 2020 r., sygn. akt KIO 170/20). Wyjaśnienia ogólnikowe i gołosłowne zrównuje się w orzecznictwie Izby z brakiem tych wyjaśnień. Odwołujący przywołał również wyrok KIO z dnia 20 lutego 2012 r. sygn. akt: KIO 109/12 oraz wyrok KIO z dnia 19 czerwca 2012 r. sygn. akt: KIO 1166/12.

W przedmiocie zarzutu dotyczącego zaniechania odrzucenia oferty wykonawcy Developer i Recykling jako zawierającej rażąco niską cenę Odwołujący przywołał kalkulację ceny wykonawcy w zakresie części IV. Odwołujący wskazał, że analizując treść udzielonych wyjaśnień trudno oprzeć się wrażeniu, iż nie odpowiadają one zakresowi wezwania skierowanego do Developer i Recykling przez Zamawiającego. W szczególności wyjaśnienia

są ogólnikowe i nie zawierają kalkulacji cenowej w kształcie oczekiwanym przez Zamawiającego. Odwołujący zwrócił uwagę na niezgodność wyjaśnień dotyczących rażąco niskiej ceny złożonych po otwarciu ofert z wyjaśnieniami złożonymi po aukcji elektronicznej. Po aukcji wykonawca zaniżył koszty dla osiągnięcia ceny 138 000,00 zł brutto. Zamówienie w Części IV składa się z 5 zadań, tj. 5 obiektów budowlanych podlegających rozbiórce. Tak określony zakres przedmiotu zamówienia nie uległ zmianie w trakcie prowadzonego postępowania. Czas potrzebny na wykonanie rozbiórki przez maszyny i ludzi powinien być taki sam (zarówno przed aukcją jak i po aukcji). Ilość wytworzonych odpadów również jest taka sama. W związku z tym Zamawiający powinien zauważyć, że wykonawca Developer i Recycling obniżył koszty poszczególnych składników bez żadnego uzasadnienia.

Odwołujący wskazał, iż w wyjaśnieniach po otwarciu ofert Developer i Recycling zadeklarował, że koparka będzie pracowała 560 godzin za stawkę godzinową 250,00 zł, natomiast w wyjaśnieniach po aukcji elektronicznej wyjaśnił, że koparka będzie pracowała już tylko 205 godzin za niższą stawkę 200,00 zł. Podobnie, praca ludzi, w wyjaśnieniach po otwarciu ofert Developer i Recycling zadeklarował nakład robocizny w ilości 1800 godzin za stawkę 25,00 zł netto, natomiast po aukcji obniżono ilość godzin do 350 oraz obniżono stawkę godzinową z 25,00 zł do 20,00 zł. Obniżono również koszty związane z wywozem i utylizacją odpadów. Po aukcji pominięto wywóz i utylizację drewna, co wykonawca uwzględnił w pierwszych wyjaśnieniach. Obniżono koszty prac porządkowych, geodezji oraz wywozu złomu. Brak wyjaśnienia ze strony wykonawcy.

Następnie Odwołujący wskazał, iż brak kosztów związanych z nadzorem kierownika budowy oraz kierownika robót. Wykonawca Developer i Recycling wyjaśnił, że z tytułu zatrudnienia Kierownika robót ponosi koszt miesięczny w wys. 3 132,48 zł, co odpowiada minimalnemu wynagrodzeniu za pracę wraz z kosztami pracodawcy. Z kolei zatrudnienie Kierownika budowy to według tego wykonawcy koszt 1566,24 zł (50% kosztów zatrudnienia kierownika robót). Tego rodzaju koszty zostały zaniżone, a wykonawca Developer i Recycling w żaden sposób nie wykazał, że zatrudnienia inżynierów budownictwa za wynagrodzeniem mieszczącym się w wynagrodzeniu minimalnym.

Odwołujący wskazał, że wykonawca Developer i Recycling nie uwzględnił kosztów ochrony pozyskanego z rozbiórki złomu stalowego do czasu przekazania go Zamawiającemu protokołem zdawczo – odbiorczym. Powyższe wymagania OPZ implikują konieczność zapewnienia stałego, dozoru (ochrony fizycznej) terenu rozbiórki w okresie realizacji zamówienia. Zakładając czas realizacji rozbiórki 25 dni oraz obowiązek zapewnienia ochrony poza godzinami pracy wykonawcy (16 godzin na dobę) oraz stawkę godzinową firmy ochroniarskiej 24 zł należy założyć koszt ochrony na poziomie 9 600,00 zł.

Wykonawca Developer i Recycling nie uwzględnił kosztów transportu sprzętu oraz dojazdów pracowników na budowę; Transport koparki to minimum 500,00 zł, a dojazdy

pracowników w okresie 25 dni x 30 zł = 750,00 zł.

Odwołujący następnie omówił rażąco niskie ceny w stosunku do poszczególnych obiektów (obiekt 1 – Budynek kotłowni oraz obiekt 4 – zbiornik p.poż), których rozbiórka jest osobno rozliczana z wykonawcą.

Odnosnie zarzutu dotyczącego zaniechania odrzucenia oferty wykonawcy Firmy ZK w zakresie części V zamówienia Odwołujący odniósł się do tabeli zawierającej kalkulację ceny oferty ww. wykonawcy zawartą w wyjaśnieniach cenowych. Uzasadniał, że analizując treść udzielonych wyjaśnień należy stwierdzić, że nie potwierdzają one, że oferta wykonawcy Firmy ZK w zakresie Części V nie zawiera rażąco niskiej ceny. Odwołujący wskazał, że:

1. Nadzór Kierownika budowy - 1000,00 zł netto przy 20 dniach pracy. Zaniżone wynagrodzenie Kierownika rozbiórki w stosunku do stawek rynkowych, a nawet minimalnego wynagrodzenia za pracę;
2. Brak potwierdzenia, dowodu na sprzedaż kruszywa. Zdaniem Odwołującego, twierdzenia Firmy ZK w odniesieniu do uwzględnienia w cenie oferty kosztów związanych z wytworzeniem kruszywa żelbetowego oraz ceglanego nie zostały w żaden sposób potwierdzone. Z wyjaśnień nie wynika ile wynoszą koszty wytworzenia kruszywa (kruszenia), nie wiadomo jakie elementy zawierają się w tym pojęciu (czy wykonawca dysponuje własnym sprzętem do kruszenia oraz jaki jest koszt amortyzacji, serwisu, eksploatacji czy obsługi ww. sprzętu). Wykonawca nie przedstawił jakichkolwiek dowodów (dokumentów) na okoliczność kosztów kruszenia oraz przychodów związanych ze sprzedażą kruszyw. Jeżeli chodzi o potencjalne przychody ze sprzedaży kruszyw, to wykonawca nie udowodnił, że posiada możliwość zbycia ww. ilości kruszyw (brak umowy, zlecenia, porozumienia z odbiorcą lub odbiorcami, którzy są gotowi zakupić kruszywo za podana cenę).
3. Brak kosztów związanych z wywozem i utylizacją tłuczni z torowiska w ilości $1932,39 \text{ m}^3 \times 1,7 = 3285,061 \times 20,00 \text{ zł} = 65\,701,26 \text{ zł}$ netto. Odwołujący posiada ofertę na utylizację tłuczni z torowiska w stawce 35,00 zł z transportem ale na potrzeby postępowania odwoławczego przyjęto stawkę niższą;
4. Brak kosztów związanych z wywozem i utylizacją podkładów kolejowych w ilości $235,88 \text{ ton} \times 350,00 \text{ zł} = 82\,558,00 \text{ zł}$ netto;
5. Brak kosztów związanych z wykonaniem nowej nawierzchni asfaltowej: $50 \text{ m}^2 \times 130,00 \text{ zł} = 6\,500,00 \text{ zł}$ netto;
6. Brak kosztów związanych z wywozem i utylizacją mieszanki mineralno-bitumicznej, opracowaniem projektu organizacji ruchu;
7. Brak kosztów ochrony (Załącznik 2 do SIWZ pkt 9 strona 32). Zakładając czas realizacji rozbiórki 20 dni oraz obowiązek zapewnienia ochrony poza godzinami pracy wykonawcy (16 godzin na dobę) oraz stawkę godzinową firmy ochroniarskiej 24 zł należy założyć koszt ochrony na poziomie 7 680 zł netto;

8. Zgodnie z dodatkowym projektem rozbiórki (strona 2 - 3) na ul. Karola Miarki należy wykonać nową nawierzchnię. Powyższy obowiązek wykonawcy pociąga za sobą konieczność wykonania projektu organizacji ruchu, ponieważ prace mają być wykonywane przy wyłączonym ruchu na tej drodze publicznej.

Podsumowując ww. zarzuty Odwołujący wskazał, iż skoro wykonawcy Tree, Developer i Recycling oraz Firma ZK zaniżyli lub pominęli szereg czynników kosztotwórczych składających się na koszty realizacji zamówienia, to Zamawiający nie miał podstaw do uznania, że ich oferty nie zawierają cen rażąco niskich. Co najistotniejsze, ww. wykonawcy nie przedłożyli jakichkolwiek dowodów potwierdzających rzetelność zaoferowanej ceny (w szczególności nie wykazali szczególnych okoliczności, które miałyby spowodować obniżenie cen). W miejsce dowodów, o których mowa w art. 90 ust. 1 ustawy Pzp (wyraźnie wskazanych w pismach Zamawiającego), wykonawcy Tree, Developer i Recycling oraz Firma ZK powołują się gołostownie na swoje zaplecze techniczne, doświadczenie i możliwości organizacyjne. Odwołujący podkreślał, że wyjaśnienia w zakresie ceny oferty lub ich istotnych części składowych powinny zostać rzetelnie opracowane oraz zawierać konkretne i wyczerpujące informacje. Wyjaśnienia wykonawców Tree, Developer i Recycling oraz Firma ZK zostały przedstawione w sposób lakoniczny. W pismach wykonawców został zawarty zbiór informacji niepowiązanych ze sobą nie wnoszących nic do sprawy przekazanych oświadczeń, nie popartych komentarzami i rzetelnymi dowodami. Na mocy art. 90 ust. 3 ustawy Pzp 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 (wyrok KIO z dnia 26 lipca 2019. r., sygn. akt KIO 1362/19).

Odwołujący podkreślił, iż na kanwie postępowań o udzielenie zamówień na roboty rozbiórkowe prowadzonych przez Spółkę Restrukturyzacji Kopalń S.A. wykształciło się już bogate orzecznictwo Izby. Przede wszystkim, zgodnie z wyrokiem KIO z dnia 27 czerwca 2019 r., sygn. akt KIO 1060/19, w przypadku wyjaśnień dotyczących robót rozbiórkowych wykonywanych na rzecz SRK S.A. wszyscy wykonawcy muszą być traktowani tak samo. Skoro Odwołujący przedstawił szereg dowodów wraz z wyjaśnieniami na wezwanie Zamawiającego, to inni wykonawcy również powinni takie dowody okazać na etapie postępowania przetargowego. Odwołujący przywołał również wybrane orzeczenia Izby dotyczące problematyki rażąco niskiej ceny.

W przedmiocie zarzutu dotyczącego zaniechania wykluczenia wykonawcy Firmy ZK w zakresie części V zamówienia Odwołujący podniósł, że w toku postępowania o udzielenie zamówienia publicznego Zamawiający zmodyfikował warunek udziału w postępowaniu w zakresie potencjału technicznego dla części V, poprzez zmianę treści ogłoszenia

o zamówieniu w dniu 21 września 2020 r. Odwołujący wskazał na wyjaśnienia treści SIWZ z dnia 23 września 2020 r. Odwołujący stwierdził, że wykaz sprzętu złożony przez wykonawcę Firmę ZK obejmuje dwie koparki. Brak koparko-ładowarki lub koparki i ładowarki. W związku z powyższym ww. wykonawca nie potwierdził spełnienia warunków udziału w postępowaniu. Z uwagi na okoliczność, iż oferta Firmy ZK podlega odrzuceniu z powodu rażąco niskiej ceny, Zamawiający nie ma możliwości zastosowania wobec ww. wykonawcy procedury konwalidacyjnej przewidzianej w art. 26 ust. 3 ustawy Pzp. Dzieje się tak, ponieważ mimo uzupełnienia lub poprawienia wykazu osób oferta wykonawcy Firmy ZK podlega odrzuceniu na podstawie art. 89 ust. 1 pkt 4 w zw. z art. 90 ust. 2 i 3 ustawy Pzp.

Odwołujący stwierdził, iż w konsekwencji wymienionych naruszeń, związanych z zaniechaniem odrzucenia ofert wykonawców Tree, Developer i Recycling oraz Firmy ZK oraz zaniechaniem wykluczenia wykonawcy Firma ZK z postępowania, Zamawiający wadliwie dokonał wyboru ww. ofert jako ofert najkorzystniejszych w postępowaniu.

Zamawiający w odpowiedzi na odwołanie z dnia 17 grudnia 2020 r. wniósł o oddalenie odwołania w całości.

W zakresie zarzutów dotyczących zaniechania odrzucenia oferty wykonawcy Tree z powodu rażąco niskiej ceny – część I Zamawiający wskazał, iż zarzuty Odwołującego są bezzasadne. Zamawiający podał, że wykonawca Tree odpowiadając na wezwanie Zamawiającego w sprawie udzielenia wyjaśnień dotyczących elementów oferty mających wpływ na wysokość przedstawił tabelę obrazującą sposób kalkulacji ceny. Skalkulował wykonanie części I zadania za kwotę 25 000,00 zł brutto w tym między innymi, w poz. 2 Koszty materiałowe – 9 908 zł netto. W pozycji tej Tree uwzględnił wywóz i utylizację gruzu za kwotę 4532,14 zł netto oraz wywóz i utylizację pozostałych odpadów ujętych w przedmiarze robót za kwotę 3000,00 zł, zakup materiału piasku wraz z transportem na kwotę 2 376,00 zł. A zatem zarzut Odwołującego, że wywóz i utylizacja mieszanki mineralno – bitumicznej (pozostałe odpady) wliczyła do kosztów utylizacji gruzu jest bezpodstawny. Zamawiający wskazał, iż zarzut, że Tree nie uwzględnił kosztów ochrony pozyskanego z rozbiórki złomu stalowego do czasu przekazania go Zamawiającemu nie jest zasadny. Zadaniem SRK S.A. jest również pozyskiwanie środków z likwidacji obiektów poprzez sprzedaż np. złomu stalowego odzyskanego z rozbiórki obiektów. Może się zdarzyć, że złom zostanie sprzedany (tak było podczas rozbiórki obiektów KWK „Mysłowice”) bezpośrednio po dokonaniu fizycznej rozbiórki budynków, lub będzie przekazywany systematycznie protokołami częściowymi Zamawiającemu.

Odnosnie zarzutów dotyczących zaniechania odrzucenia oferty wykonawcy Tree z powodu rażąco niskiej ceny – część III Zamawiający wskazał, iż zarzuty Odwołującego są bezzasadne. Zamawiający podał, iż w poz. 2 tabeli obrazującej sposób kalkulacji ceny

wykonawca Tree ujął m.in. koszty utylizacji materiałów porozbiórkowych. W kalkulacji szczegółowej Spółka podała koszty wywozu i utylizacji gruzu w kwocie 9 594,94 zł, oddzielnie koszty wywozu i utylizacji pozostałych odpadów powstałych w wyniku rozbiórki obiektów części III w kwocie 7956,00zł (zarzut Odwołującego, że nie podano kosztów utylizacji papy i azbestu), a także koszty zakupu wraz z transportem materiału zasypowego, tj. piasku w kwocie 5390 zł. W zakresie braku uwzględnienia kosztów ochrony złomu Zamawiający przedstawiła tożsamą argumentację jak dla części I zamówienia.

Odnosnie zarzutu dotyczącego zaniechania odrzucenia oferty wykonawcy Developer i Recykling z powodu rażąco niskiej ceny – część IV Zamawiający wskazał, że zarzut jest bezzasadny. W szczególności Zamawiający wskazał, iż bezpodstawny jest zarzut Odwołującego, iż treść wyjaśnień złożonych przez ww. wykonawcę nie odpowiada zakresowi wezwania skierowanego przez Zamawiającego. Zamawiający wskazał, iż jego zadaniem jest dokonanie oceny wyjaśnień złożonych przez oferenta na podstawie wezwania.

Zamawiający stwierdził, że wezwanie z dnia 26 października 2020 r. dotyczyło udzielenia wyjaśnień dotyczących elementów oferty mających wpływ na wysokość ceny zaproponowanej w aukcji elektronicznej. Wyjaśnienia miały zawierać również element kalkulacyjny. A zatem zarzut Odwołującego, że ogólnie koszty (praca sprzętu, wynagrodzenie pracowników, itp.) wykonania zadania zaproponowane przez Oferenta po otwarciu ofert były wyższe od tych podanych w aukcji elektronicznej nie ma w tym przypadku żadnego uzasadnienia.

Zamawiający wskazał, iż w elemencie kalkulacyjnym zawartym w wyjaśnieniach z dnia 29 października 2020 r. wykonawca Developer i Recykling zawarł w części IV poz. b). Zamawiający przyjął, że w pozycji tej znajdują się również kompleksowe roboty związane z realizacją zadania 4 części IV tj. Likwidacja nieczynnego zbiornika p.poż. wschodni wraz z wycinką drzew.

Odnosnie kosztów złomu Zamawiający przedstawił analogiczną argumentację, jak w przypadku wyjaśnień ceny złożonych przez Tree. Zamawiający wskazał, iż zarzut, że Developer i Recykling nie uwzględnił w kalkulacji kosztów transportu sprzętu oraz dojazdów pracowników na budowę nie jest zasadny. W Części IV: w zakresie wykonania 5 zadań w pozycji a) ujął roboty przygotowawcze za kwotę 4 000 zł + VAT. Zamawiający wskazał także na dowody załączone do wyjaśnień rażąco niskiej ceny.

W przedmiocie zarzutów dotyczących zaniechania odrzucenia oferty wykonawcy Firmy ZK z powodu rażąco niskiej ceny – część V Zamawiający wskazał, iż zarzuty Odwołującego są bezzasadne. W zakresie poszczególnych kwestii podniesionych przez Odwołującego Zamawiający podał, że:

1. Nadzór kierownika budowy 1000 zł netto przy 20 dniach pracy: Stała obecność kierownika na placu budowy nie jest obowiązkowa,

2. 3, Wywóz, utylizacja, sprzedaż kruszywa (tłucznia):

Koszty zostały ujęte w tabeli pod pozycjami (według Zamawiającego):

- sprzedaż kruszywa (uwzględniono koszt kruszenia),
- sprzedaż odpadu z kruszenia (uwzględniono koszt kruszenia),

4, 5, 6. Brak kosztów związanych z wywozem i utylizacją podkładów kolejowych, wykonaniem nowej nawierzchni asfaltowej, wywozem i utylizacją mieszanki mineralno – bitumicznej: Koszty zostały według Zamawiającego ujęte w pozycji - rezerwa na nieprzewidziane koszty,

7. Brak kosztów ochrony (złomu): Zadaniem SRK S.A. jest również pozyskiwanie środków z likwidacji obiektów poprzez sprzedaż np. złomu stalowego odzyskanego z rozbiórki obiektów. Może się zdarzyć, że złom zostanie sprzedany (tak było podczas rozbiórki obiektów KWK „Mysłowice”) bezpośrednio po dokonaniu fizycznej rozbiórki torów kolejowych lub będzie przekazywany systematycznie protokołami częściowymi Zamawiającemu.

Odnosząc się do zarzutu Odwołującego, iż Firma ZK nic spełniła warunków udziału w postępowaniu Zamawiający wyjaśnił, iż w jego ocenie zmodyfikowane wymaganie odnoszące się do koparki i ładowarki oznacza, iż wymaga on albo koparki i ładowarki, albo samej koparki.

W dalszej części stanowiska Zamawiający przedstawił argumentację prawną dotyczącą problematyki rażąco niskiej ceny. W szczególności Zamawiający przytoczył tezy wynikające z wyroku KIO z dnia 4 sierpnia 2020 r. sygn. akt: KIO 1637/20, wyroku KIO z dnia 3 grudnia 2019 r. sygn. akt: KIO 2338/19, wyroku KIO z dnia 12 grudnia 2019 r. sygn. akt: KIO 2447/19, wyroku KIO z dnia 23 lipca 2019 r. sygn. akt: KIO 1299/19, wyroku KIO z dnia 17 października 2019 r. sygn. akt: KIO 1935/19 oraz wyroku KIO z dnia 27 czerwca 2019 r. sygn. akt: KIO 1048/19.

Po przeprowadzeniu rozprawy z udziałem Stron i Uczestników postępowania odwoławczego, na podstawie zebranego materiału w sprawie oraz oświadczeń i stanowisk Stron i Uczestników, Krajowa Izba Odwoławcza ustaliła i zważyła, co następuje:

Na wstępie Izba ustaliła, że nie została wypełniona żadna z przesłanek, o których stanowi art. 189 ust. 2 ustawy Pzp, skutkujących odrzuceniem odwołania.

Izba oceniła, że Odwołujący posiada interes w uzyskaniu zamówienia oraz możliwość poniesienia szkody w związku z ewentualnym naruszeniem przez Zamawiającego przepisów ustawy Pzp, czym wypełnił materialnoprawną przesłankę dopuszczalności odwołania, o której mowa w art. 179 ust. 1 ustawy Pzp.

Izba nie podzieliła stanowiska Przystępującego Developer i Recykling jakoby Odwołujący nie posiadał interesu w uzyskaniu części IV zamówienia z uwagi na okoliczność, iż oferta Odwołującego w tej części uplasowała się na miejscu 4. w rankingu ofert, przy czym Odwołujący nie kwestionował ofert sklasyfikowanych na miejscu 2. i 3.

Zgodnie z brzmieniem art. 179 ust. 1 ustawy Pzp, środki ochrony prawnej przysługują wykonawcy, uczestnikowi konkursu, a także innemu podmiotowi, jeżeli ma lub miał interes w uzyskaniu danego zamówienia oraz poniósł lub może ponieść szkodę w wyniku naruszenia przez zamawiającego przepisów niniejszej ustawy.

Izba wskazuje, iż w publikacji Urzędu Zamówień Publicznych pt. „Opinie prawne dotyczące Ustawy Prawo zamówień publicznych po nowelizacji” podano, że „Wprowadzenie do ustawy Pzp art. 25a wiąże się z nowym podejściem do badania spełniania warunków udziału w postępowaniu i braku podstaw do wykluczenia lub kryteriów selekcji, zgodnie z którym wykonawca wraz z ofertą lub wnioskiem o dopuszczenie do udziału w postępowaniu dołącza aktualne na dzień składania ofert lub wniosków o dopuszczenie do udziału w postępowaniu oświadczenie. Informacje zawarte w oświadczeniu stanowią wstępne potwierdzenie, że wykonawca nie podlega wykluczeniu z udziału w postępowaniu, spełnia warunki udziału w postępowaniu oraz spełnia kryteria selekcji. Natomiast Zamawiający, co do zasady, wezwie do złożenia dokumentów na potwierdzenie ww. okoliczności jedynie wykonawcę, którego ofertę ocenił najwyżej (który uplasował się na najwyższej pozycji rankingowej). W związku z powyższym możliwe będzie złożenie odwołania na wybór najkorzystniejszej oferty przez wykonawcę sklasyfikowanego np. na 4. Pozycji rankingowej bez kwestionowania ofert sklasyfikowanych na pozycji nr 2 i 3, z uwagi na to, że oferty te nie zostały ostatecznie (i może w ogóle do tego nie dojść) zweryfikowane przez zamawiającego na podstawie dokumentów potwierdzających spełnianie warunków udziału w postępowaniu i brak podstaw do wykluczenia. Nie można zatem wymagać od wykonawców stawiania zarzutów wobec czynności zamawiającego, zarzucając jej bezprawność (zaniechanie wykluczenia z postępowania z powodu nie spełniania warunków udziału w postępowaniu), dotyczących oceny ofert konkurentów niejako „w ciemno”, bez weryfikacji przez zamawiającego (poprzez żądanie przedłożenia szczegółowych dokumentów, które będą ostatecznie udowadniać / potwierdzać spełnianie warunku udziału w postępowaniu).”

Wobec powyższego Izba oceniła, że Odwołujący wypełnił materialnoprawne przesłanki dopuszczalności odwołania, o których mowa w art. 179 ust. 1 ustawy Pzp.

Zamawiający w dniu 25 listopada 2020 r. powiadomił wykonawców o wniesionym odwołaniu.

Izba dopuściła do udziału w postępowaniu odwoławczym wykonawcę Tree Capital Sp. z o.o. z siedzibą w Łubnie oraz wykonawcę Developer i Recykling Sp. z o.o. z siedzibą

w Zabrze zgłaszających przystąpienia do postępowania odwoławczego odpowiednio w dniu 27 i 30 listopada 2020 r. po stronie Zamawiającego. Jednocześnie Izba dopuściła do udziału w postępowaniu odwoławczym wykonawcę ENERGOKON – PLUS Sp. z o.o. z siedzibą w Sosnowcu zgłaszającego przystąpienie do postępowania odwoławczego w dniu 26 listopada 2020 r. po stronie Odwołującego.

Przy rozpoznawaniu przedmiotowej sprawy Izba uwzględniła dokumentację postępowania o udzielenie zamówienia przekazaną przez Zamawiającego, w szczególności ogłoszenie o zamówieniu, specyfikację istotnych warunków zamówienia wraz z wyjaśnieniami oraz zmianami, informację z otwarcia ofert, oferty wykonawców Tree, Developer i Recykling oraz Firmy ZK, wyniki aukcji elektronicznej w zakresie części I, III, IV i V zamówienia, wezwania Zamawiającego z dnia 26 października 2020 r. skierowane do ww. wykonawców, wyjaśnienia wykonawcy Tree z dnia 27 października 2020 r., wyjaśnienia wykonawcy Firmy ZK z dnia 29 października 2020 r. oraz wyjaśnienia wykonawcy Developer i Recykling z dnia 29 października 2020 r. w zakresie rażąco niskiej ceny oraz zawiadomienie o wyborze najkorzystniejszej oferty z 19 listopada 2020 r.

Skład orzekający Izby wziął pod uwagę również stanowiska i oświadczenia Stron i Uczestników postępowania odwoławczego złożone pisemnie oraz ustnie do protokołu posiedzenia i rozprawy w dniu 18 grudnia 2020 r.

Izba zaliczyła w poczet materiału sprawy dowody złożone przez Odwołującego, tj.:

1. korespondencję elektroniczną dotyczącą stawki kosztów ochrony;
2. ofertę handlową Wirex Sp. j. z dnia 16 listopada 2020 r. dotyczącą kosztów utylizacji odpadów;
3. ofertę handlową sprzedaży piasku;
4. umowę z dnia 15 kwietnia 2020 r. wraz z aneksem nr 1/2020 dotyczącą kosztów utylizacji odpadów;
5. korespondencję elektroniczną dotyczącą oferty na wykonanie nawierzchni asfaltowej.

Izba ustaliła, co następuje:

Zamawiający prowadzi przedmiotowe postępowanie o udzielenie zamówienia publicznego w trybie przetargu nieograniczonego z zastosowaniem aukcji elektronicznej. Przedmiot zamówienia podzielony został na pięć części, przy czym Zamawiający dopuścił składanie ofert częściowych osobno dla poszczególnych części.

Zgodnie z treścią ogłoszenia o zamówienia wraz z jego zmianą dokonaną w dniu 21 września 2020 r.: Zamawiający uzna warunek w zakresie zdolności technicznej lub zawodowej za spełniony, jeżeli Wykonawca wykaże się: c) Wykonawca winien posiadać potencjał techniczny w zakresie sprzętu niezbędnego do realizacji przedmiotu zamówienia

w postaci dla: Część V - koparko – ładowarkę o poj. łyżki min. 0,25 m³ 1 szt.

W wyjaśnieniach treści SIWZ z dnia 23 września 2020 r. Zamawiający w odpowiedzi na pytanie wykonawcy: „Czy Zamawiający dopuszcza posiadanie przez Wykonawcę koparki i ładowarki o pojemności łyżki 0,25 m³ czy 2,5 m³?”, Zamawiający odpowiedział, że „dopuszcza posiadanie przez Wykonawcę koparki i ładowarki o pojemności łyżki 0,25 m³ i 2,5 m³”. Jednocześnie, w odpowiedzi na pytanie wykonawcy: „Czy musi być koparko – ładowarka?” Zamawiający odpowiedział, że „Nie, nie musi być koparko – ładowarka”.

Szczegółowy opis przedmiotu zamówienia i jego zakres wraz z uwarunkowaniami techniczno – organizacyjnymi określał załącznik nr 2 do SIWZ.

Zgodnie z pkt 9 załącznika nr 2 do SIWZ, wykonawca zabezpieczy na własny koszt ochronę pozyskanego z rozbiórki złomu stalowego do czasu przekazania go Zamawiającemu protokołem zdawczo – odbiorczym. Pochodzący z demontażu i rozbiórki złom jest własnością Zamawiającego. Wykonawca ma obowiązek złom posegregować. Zamawiający wskaże Wykonawcy miejsce składowania złomu. Na okoliczność przekazania złomu przez Wykonawcę Zamawiającemu, zostanie spisany protokół przekazania. Ww. postępowanie jest zgodne z obowiązującą w SRK S.A. w Bytomiu „Instrukcją sprzedaży surowców wtórnych pochodzących z likwidowanych obiektów, budowli, maszyn i urządzeń Oddziałów SRK S.A.” Złom zostanie przez Wykonawcę pocięty na odcinki transportowe o dł. do 6,0m (pkt 10 załącznika nr 2 do SIWZ).

Zgodnie z punktem 11 załącznika nr 2 do SIWZ, wykonawca jest wytwórcą i właścicielem wszystkich odpadów (za wyjątkiem odpadów stalowych) powstałych w trakcie prowadzenia robót demontażowych i rozbiórkowych, (w tym również podkładów kolejowych) zobowiązany jest je zagospodarować na własny koszt.

W dniu 25 września 2020 r. upłynął termin składania ofert. Wartość szacunkowa części I zamówienia powiększona o VAT stanowiła kwotę 168 300,00 zł, części III zamówienia wynosiła 360 800 zł, części IV zamówienia wynosiła 485 600 zł oraz części V zamówienia stanowiła 318 500 zł.

Wykonawca Tree w zakresie części I zamówienia zaoferował cenę 43 917,15 zł oraz w części III – 148 830 zł. Wykonawca Developer i Recykling za wykonanie części IV zamówienia zaoferował cenę 543 001,95 zł. Z kolei wykonawca Firma ZK w części V zaoferował cenę 125 721 775,90 zł.

W dniu 28 września 2020 r. Zamawiający wezwał wykonawcę Developer i Recykling na podstawie art. 90 ust. 1 i 1a pkt 1 ustawy Pzp do złożenia wyjaśnień w zakresie ceny oferty w części IV zamówienia.

Pismem z dnia 30 września 2020 r. wykonawca Developer i Recykling złożył stosowne wyjaśnienia poziomu ceny w zakresie części IV. Wykonawca przedstawił następującą kalkulację ceny:

- a) roboty przygotowawcze za kwotę: 20 000,00 zł + VAT
 - b) kompleksowa rozbiórka obiektu wraz z infrastrukturą metodą mechaniczną specjalistycznym sprzętem wyburzeniowym wspomagana rozbiórką ręczną za kwotę:
 - 1) praca sprzętu za kwotę: koparka wyburzeniowa: 250 zł x 560 godz. = 140 000,00 zł +VAT
 - 2) praca ludzi za kwotę: 25 zł netto x 1800 godz. = 45 000,00 zł +VAT
 - c) wywóz i utylizacja gruzu oraz pozostałych odpadów za kwotę: 140 465,00 zł + VAT
 - d) wywóz i utylizacja papy i drewna za kwotę: 30 000,00 zł + VAT
 - e) transport złomu w miejsce wskazane przez Zamawiającego za kwotę: 20 000,00 zł + VAT
 - f) niwelacja i rozścielenie piasku za kwotę: 19 000,00 zł + VAT
 - g) roboty porządkowe za kwotę: 18 000,00 zł + VAT
 - h) operat geodezyjny powykonawczy: 9 000,00 zł + VAT
- łącznie netto: 441 465,00 zł.

W kosztach ujęto pracę sprzętu i 7 pracowników przy stawce 25 zł netto za godzinę oraz zawarto koszty pośrednie na poziomie 65% oraz zysk 20%. Wykonawca Developer i Recykling do ww. wyjaśnień nie załączył żadnych dowodów.

W dniu 26 października 2020 r. Zamawiający przeprowadził aukcję elektroniczną, w ramach której wykonawca Tree w części I zaoferował cenę 25 000 zł a w części III - 80 000 zł. Z kolei wykonawca Developer i Recykling w części IV po przeprowadzeniu aukcji zaoferował cenę 138 000 zł, a wykonawca Firma ZK w części V kwotę 220 000 zł.

Pismem z dnia 26 października 2020 r. Zamawiający na podstawie art. 90 ust. 1 i 1a pkt 1 ustawy Pzp wezwał wykonawcę Tree, wykonawcę Firmę ZK oraz wykonawcę Developer i Recykling do udzielenia wyjaśnień, w tym złożenia dowodów, dotyczących elementów oferty mających wpływ na wysokość ceny. Zamawiający wskazał, że wyjaśnienia oraz dowody powinny dotyczyć w szczególności elementów, o których mowa w art. 90 ust. 1 ustawy Pzp. Jednocześnie Zamawiający podał, iż w wyjaśnieniach należy wskazać wszelkie obiektywne czynniki odnoszące się do elementów oferty i mające znaczenie dla należytej realizacji zamówienia, mające wpływ na wysokość ceny oraz rodzaje i wysokość kosztów realizacji poszczególnych elementów. Wyjaśnienia miały zawierać element kalkulacyjny. Wykonawca zobowiązany był podać koszty pracy, jakie zostaną przyjęte w cenie ofertowej, w tym miesięcznie na jedną osobę zatrudnioną przy wykonywaniu zamówienia, a także uzasadnienie dlaczego skalkulowano je w takim wymiarze. Zamawiający wskazał, że wykonawca obowiązany jest wykazać i udowodnić, że przyjęte 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. Wymagał, by z zaprezentowanej w wyjaśnieniach przez wykonawcę szczegółowej kalkulacji ceny oferty wynikało jednoznacznie i bezdyskusyjnie, że miesięczne koszty pracy

przypadające na każdą z osób zatrudnionych przy wykonywaniu zamówienia nie są niższe od minimalnego wynagrodzenia za pracę lub minimalnej stawki godzinowej. W kalkulacji należało uwzględnić także koszt pracodawcy wynikający z ustawy o systemie ubezpieczeń społecznych.

W odpowiedzi na ww. wezwanie Zamawiającego wykonawca Tree pismem z dnia 27 października 2020 r. złożył wyjaśnienia m.in. w zakresie części I i III zamówienia dotyczące kosztów pracy maszyn (sprzęt własny), mobilizacji sprzętu, pracowników, wywozu i utylizacji materiałów porozbiórkowych, materiałów i kosztów dodatkowych oraz kosztów budowy, nadzoru i opłat administracyjnych. Jednocześnie wykonawca Tree przedstawił w tabeli podział kosztów z uwzględnieniem kosztów sprzętu, materiałów, pracowników oraz kosztów dodatkowych niezbędnych do realizacji przedmiotu zamówienia. W końcowej części wyjaśnień wykonawca Tree przedstawił wyjątkowo sprzyjające warunki wykonywania zamówienia wspólne dla wszystkich części. Do złożonych wyjaśnień wykonawca Tree nie przedstawił dowodów.

Wykonawca Developer i Recykling w odpowiedzi na wezwanie Zamawiającego złożył wyjaśnienia m.in. w zakresie części IV zamówienia zawierające oświadczenia, iż wykonawca posiada bogate doświadczenie w dziedzinie likwidacji wszelkiego rodzaju obiektów budowlanych, w tym będących przedmiotem zamówienia, rozbiórka obiektów będzie prowadzona przez wyspecjalizowanych pracowników, wspomaganych specjalistycznym sprzętem. Wskazał, że maksymalne skrócenie terminu realizacji robót, a przez to obniżenie kosztów będzie możliwe dzięki zastosowanej technologii. Wykonawca oświadczył, że teren, na którym będą prowadzone prace likwidacyjne znajduje się w bliskim sąsiedztwie siedziby firmy, stąd nie zachodzi konieczność budowy zaplecza, jak również zostają ograniczone koszty związane z transportem narzędzi, sprzętu i materiałów.

Wykonawca Developer i Recykling wskazał, iż koszty rozbiórkowe przedstawiają się następująco:

- a) roboty przygotowawcze za kwotę: 4 000 zł + VAT
- b) kompleksowa rozbiórka obiektu wraz z infrastrukturą metodą mechaniczną specjalistycznym sprzętem wyburzeniowym wspomagana rozbiórką ręczną za kwotę:
 - 1) praca sprzętu za kwotę: koparka wyburzeniowa: 200 zł x 205 godz. = 41 000,00 zł +VAT
 - 2) praca ludzi za kwotę: 20 zł netto x 350 godz. = 7000,00 zł +VAT
- c) wywóz i utylizacja gruzu oraz pozostałych odpadów za kwotę: 31 195,12 zł + VAT
- d) wywóz i utylizacja papy za kwotę: 7 000,00 zł + VAT
- e) transport złomu w miejsce wskazane przez Zamawiającego za kwotę: 500,00 zł + VAT
- f) niwelacja i rozścielenie piasku za kwotę: 19 000,00 zł + VAT
- g) roboty porządkowe za kwotę: 1000,00 zł + VAT
- h) operat geodezyjny powykonawczy: 1500,00 zł + VAT

łącznie netto: 112 195,12 zł, łącznie brutto: 138 000 zł.

W kosztach ujęto pracę sprzętu i 5 pracowników przy stawce 20 zł netto za godzinę oraz zawarto koszty pośrednie na poziomie 40% oraz zysk 10%.

Do złożonych wyjaśnień wykonawca Developer i Recykling załączył ofertę PreZero Recykling Południe Sp. z o.o. dotyczącą odbioru odpadów, ofertę Firmy ZK dotyczącą odbioru i utylizacji odpadów, oświadczenie BM Recykling Sp. z o.o. o współpracy, ofertę dotyczącą kosztu wykonania inwentaryzacji geodezyjnej.

W odpowiedzi na ww. wezwanie Zamawiającego wykonawca Firma ZK pismem z dnia 29 października 2020 r. złożył wyjaśnienia m.in. w zakresie części V zamówienia zawierające oświadczenia, iż wykonawca posiada doświadczenie w projektowaniu i wykonawstwie robót rozbiórkowych, dysponuje odpowiednim sprzętem do kruszenia gruzu, środkami transportu do przewozu maszyn, gruzu oraz pracowników, posiada dostęp do znacznych ilości sprzętu do robót rozbiórkowych w lokalizacjach sąsiadujących z lokalizacją rozbiórki, co wpływa na niskie koszty transportu maszyn. Jednocześnie wykonawca Firma ZK przedstawił w tabeli kalkulację ceny zaoferowanej w postępowaniu. Do złożonych wyjaśnień wykonawca Firma ZK nie przedstawił żadnych dowodów.

Wykonawca Firma ZK w odpowiedzi na wezwanie Zamawiającego z dnia 6 listopada 2020 r. złożył załącznik nr 7 do SIWZ zawierający wykaz sprzętu, w którym w poz. 5 podał, iż dysponuje koparką Cat oraz koparką Liebherr.

W dniu 19 listopada 2020 r. Zamawiający za najkorzystniejszą w części I i III uznał ofertę wykonawcy Tree, w części IV ofertę wykonawcy Developer i Recykling, a w części V ofertę wykonawcy Firma ZK.

Izba zważyła, co następuje:

Potwierdził się zarzut naruszenia art. 89 ust. 1 pkt 4 w zw. z art. 90 ust. 3 ustawy Pzp polegający na zaniechaniu odrzucenia oferty wykonawcy Tree w części I i III, oferty wykonawcy Developer i Recykling w części IV oraz oferty wykonawcy Firmy ZK w części V zamówienia, podczas gdy treść udzielonych przez ww. wykonawców wyjaśnień potwierdzała, że oferty zawierają rażąco niskie ceny.

Zgodnie z art. 89 ust. 1 pkt 4 ustawy Pzp, zamawiający odrzuca ofertę, jeżeli zawiera rażąco niską cenę lub koszt w stosunku do przedmiotu zamówienia.

Stosownie do treści art. 90 ust. 1 ustawy Pzp, 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 2017 r. poz. 847);
2. pomocy publicznej udzielonej na podstawie odrębnych przepisów;
3. wynikającym z przepisów prawa pracy i przepisów o zabezpieczeniu społecznym, obowiązującym w miejscu, w którym realizowane jest zamówienie;
4. wynikającym z przepisów prawa ochrony środowiska oraz
5. powierzenia wykonania części zamówienia podwykonawcy.

Z kolei w przypadku, gdy cena całkowita oferty jest niższa o co najmniej 30% od wartości zamówienia powiększonej o należny podatek od towarów i usług, ustalonej przed wszczęciem postępowania zgodnie z art. 35 ust. 1 i 2 lub średniej arytmetycznej cen wszystkich złożonych ofert, zamawiający zwraca się o udzielenie wyjaśnień, o których mowa w ust. 1, chyba że rozbieżność wynika z okoliczności oczywistych, które nie wymagają wyjaśnienia (art. 90 ust. 1a pkt 1 ustawy Pzp).

Obowiązek wykazania, że oferta nie zawiera rażąco niskiej ceny lub kosztu spoczywa na wykonawcy (art. 90 ust. 2 ustawy Pzp). Ponadto stosownie do treści art. 90 ust. 3 ustawy Pzp, 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.

Zgodnie z utrwalonym już w orzecznictwie Izby poglądem, złożone przez wykonawcę wyjaśnienia w zakresie ceny oferty lub kosztu, lub ich istotnych części składowych, winny być konkretne, wyczerpujące i rozwiewające wątpliwości zamawiającego co do możliwości wykonania przedmiotu zamówienia zgodnie z wymaganiami określonymi w SIWZ lub wynikającymi z odrębnych przepisów. To na wykonawcy bowiem ciąży obowiązek wykazania, jakie obiektywne czynniki pozwoliły mu na obniżenie ceny oferty oraz w jakim stopniu dzięki tym czynnikom cena oferty została obniżona (por. wyrok KIO z dnia 2 lutego 2016 r. sygn. akt: KIO 66/16).

Nadto wskazać należy, iż sytuacja prawna wykonawcy, który w odpowiedzi na wezwanie zamawiającego do złożenia wyjaśnień, w tym dowodów, w przedmiocie rażąco niskiej ceny, w ogóle ich nie złożył oraz wykonawcy, który złożył wyjaśnienia ogólnikowe

i niepoparte dowodami, jest taka sama. W obu bowiem przypadkach oferta wykonawcy podlega odrzuceniu (por. KIO w wyroku z dnia 19 maja 2016 r. sygn. akt: KIO 722/16).

Izba wskazuje, że w postępowaniu odwoławczym Izba bada nie tyle samą cenę oferty, co czynność zamawiającego polegającą na ocenie złożonych przez wykonawcę wyjaśnień i prawidłowość odrzucenia czy zaniechania odrzucenia oferty danego wykonawcy. Tym samym rozstrzygnięcie przedmiotowej sprawy wymagało ustalenia, czy na podstawie złożonych przez wykonawców Tree, Developer i Recykling oraz Firmę ZK wyjaśnień Zamawiający był uprawniony do uznania, że ceny zaoferowane przez ww. wykonawców odpowiednio w części I i III, części IV oraz części V zamówienia nie są rażąco niskie.

Przechodząc na grunt niniejszej sprawy, Izba wskazuje, iż dokonana przez Zamawiającego ocena wyjaśnień złożonych przez wykonawcę Tree, Developer i Recykling oraz Firmę ZK w przedmiocie ceny oferty była nieprawidłowa. Wyjaśnienia złożone przez ww. wykonawców nie zostały przedstawione w sposób wyczerpujący, nie czyniły zadość wymaganiom Zamawiającego wskazanym w treści wezwania z dnia 26 października 2020 r., w szczególności w zakresie przedstawienia szczegółowych kalkulacji oraz złożenia dowodów, a ich ocena została przeprowadzona przez Zamawiającego z uchybieniem należytej staranności.

Dokonując analizy wyjaśnień ceny oferty złożonych przez wykonawcę Tree w ramach części I oraz III zamówienia wskazać należy, iż jakkolwiek wykonawca podał wyjątkowo sprzyjające warunki wykonywania zamówienia, rozwiązania techniczne, metodę wykonania zamówienia wpływającą na oszczędność realizacji zamówienia oraz przedstawił podział kosztów z uwzględnieniem kosztów sprzętu, materiałów, pracowników oraz kosztów dodatkowych niezbędnych do realizacji przedmiotu zamówienia, to jednak złożone wyjaśnienia nie zostały poparte żadnymi dowodami, mimo że Zamawiający wzywał wykonawcę do ich dostarczenia. Powyższe uchybienie wykonawcy skutkuje brakiem możliwości pozytywnej oceny treści złożonych wyjaśnień w zakresie ceny oferty. W szczególności wobec braku jakichkolwiek dowodów nie można ustalić, czy przedstawiony przez wykonawcę Tree sposób zbudowania zaoferowanej ceny za wykonanie części I oraz III zamówienia był rzetelny i wiarygodny. Innymi słowy, złożone przez wykonawcę wyjaśnienia ceny oferty zawierające określone składniki cenotwórcze, elementy kalkulacyjne, niepoparte jakimikolwiek dowodami uniemożliwiają weryfikację, czy zaoferowana przez wykonawcę cena nie jest rażąco niska. Wobec powyższego Izba stwierdziła, że słuszne było stanowisko Odwołującego, iż złożone przez wykonawcę Tree głosłowne wyjaśnienia ceny oferty dotyczące części I i III, niepoparte dowodami dotyczącymi zasadniczych kosztów realizacji zamówienia, tj. kosztów utylizacji gruzu, innych odpadów powstałych podczas rozbiórki obiektów oraz zakupu piasku, nie zasługiwały na pozytywną ocenę.

Za nieuzasadnione Izba uznała natomiast stanowisko Odwołującego, który w ramach części I wskazywał, że koszty wywozu i utylizacji mieszanki mineralno – bitumicznej wykonawca Tree wliczył do kosztów utylizacji gruzu. Powyższe nie wynika z treści złożonych przez wykonawcę Tree wyjaśnień ceny oferty z dnia 27 października 2020 r. Co więcej, słusznie zauważył Zamawiający, że w poz. 2 tabeli dotyczącej kosztów materiałowych wykonawca Tree uwzględnił m.in. koszty wywozu i utylizacji gruzu za kwotę 4 532,14 zł oraz koszty wywozu i utylizacji pozostałych odpadów ujętych w przedmiarze robót za kwotę 3000,00 zł.

Odnosząc się do kwestii kosztów ochrony pozyskanego z rozbiórki złomu stalowego w ramach części I oraz III wskazać należy, iż co do zasady rację miał Odwołujący, że po stronie wykonawcy ciążył obowiązek zabezpieczenia na własny koszt ochrony pozyskanego z rozbiórki złomu stalowego do czasu przekazania go Zamawiającemu protokołem zdawczo – odbiorczym, co potwierdza pkt 9 załącznika nr 2 do SIWZ. Zauważyć jednak należy, iż Zamawiający nie uszczegółowił w specyfikacji istotnych warunków zamówienia w jaki sposób ochrona złomu miała być zapewniona, w tym czy winna być to – jak twierdził Odwołujący – ochrona fizyczna terenu rozbiórki. Tym samym przyjęcie wskazywanego przez Odwołującego rodzaju ochrony (ochrona fizyczna) jako wyłącznie właściwego wraz z podnoszonymi na tę okoliczność kosztami Izba uznała za nieuzasadnione. Co więcej, jak wyjaśnił Zamawiający, z uwagi na charakter prac oraz czas ich realizacji nie można wykluczyć, że przekazanie złomu będącego własnością Zamawiającego nastąpi w tym samym dniu roboczym co rozbiórka obiektu, pozwalając tym samym wykonawcy na uniknięcie kosztów dodatkowej ochrony.

Za zbyt lakoniczne Izba uznała natomiast twierdzenia Odwołującego, iż wykonawca Tree nie uwzględnił w kalkulacji ceny kosztów związanych z pracą przy azbeście (zgłoszenie prac do odpowiednich instytucji, zakup odzieży, zabezpieczenie odpadu). Odwołujący nie rozwinął stanowiska w ww. zakresie, w szczególności nie podał rynkowej wysokości przedmiotowych kosztów.

W końcu wskazać należy, że Izba nie mogła wziąć pod uwagę dowodów załączonych przez Przystępującego Tree do pisma procesowego z dnia 18 grudnia 2020 r. Wskazać trzeba, iż postępowanie odwoławcze przed Krajową Izbą Odwoławczą stanowi ocenę zakończonej procedury wyjaśniającej na okoliczność zaoferowania rażąco niskiej ceny. Tym samym wszelkie informacje i dowody mające potwierdzać rzetelność i prawidłowość skalkulowanej przez wykonawcę ceny muszą być znane zamawiającemu na etapie postępowania o udzielenie zamówienia publicznego po to, aby zamawiający mógł, po ich analizie, podjąć decyzję w zakresie przyjęcia oferty lub jej ewentualnego odrzucenia. Nie jest właściwe działanie wykonawcy, który w toku postępowania o udzielenie zamówienia publicznego nie dokłada należytej staranności w składaniu wyjaśnień i dowodów

w odpowiedzi na wezwanie Zamawiającego, podejmując stosowne działania i intensyfikując wysiłek w zakresie skompletowania dowodów mających uwiarygodnić jego stanowisko dopiero na etapie postępowania odwoławczego przed Izba.

Podobnie, jak wyjaśnienia złożone przez wykonawcę Tree w części I i III zamówienia, należy ocenić wyjaśnienia złożone przez wykonawcę Firmę ZK w części V, który mimo wezwania Zamawiającego do złożenia stosownych dowodów w zakresie wyjaśnienia poziomu zaoferowanej ceny nie załączył żadnych dokumentów. Powyższe uchybienie Wykonawcy w ocenie Izby nie znajduje usprawiedliwienia w przepisach ustawy Pzp oraz treści jednoznacznego wezwania Zamawiającego. Zaniechanie przedstawienia dowodów na poparcie sposobu zbudowania ceny ofertowej uniemożliwia rzetelną weryfikację złożonych wyjaśnień rażąco niskiej ceny czyniąc je gołosłownymi. Wskazać należy, iż obowiązek przedstawienia dowodów spoczywa na wykonawcy w sytuacji powołania się na okoliczności, w przypadku których możliwe jest przedłożenie dowodów. Oczywistym jest to, iż mogą zdarzyć się sytuacje, w których przedstawienie dowodów nie będzie możliwe albo ich złożenie nie będzie niezbędne dla oceny prawidłowości kalkulacji ceny ofertowej, jednakże generalną zasadą jest obowiązek dowodowy spoczywający na wykonawcy. Tym samym jeżeli wykonawca powołuje się na niskie koszty zakupu materiałów, dysponowanie własnym sprzętem, koszty pracownicze wynikające z zawartych już umów o pracę, to nic nie stoi na przeszkodzie, aby przedstawić Zamawiającemu stosowne dokumenty.

Dalej Izba wskazuje, iż z uwagi na okoliczność, że wykonawca Firma ZK nie przystąpił do niniejszego postępowania odwoławczego, zgodnie z art. 190 ust. 1a pkt 2 ustawy Pzp, ciężar dowodu, że oferta nie zawiera rażąco niskiej ceny, spoczywał na Zamawiającym. W ocenie Izby w okolicznościach niniejszej sprawy Zamawiający nie udźwignął ciężaru dowodowego. W szczególności Izba wskazuje, że nie sposób zweryfikować przyjętego przez wykonawcę Firmę ZK kosztu nadzoru kierownika budowy w wysokości 1000 zł netto za 20 dni pracy wobec braku jakiegokolwiek dowodu, który uwiarygodniłby zaoferowaną cenę, w tym że jej wysokość odpowiada powszechnie obowiązującym przepisom prawa. Zauważyć również należy, iż wyjaśnienia złożone przez Wykonawcę w ww. zakresie, wbrew treści wezwania Zamawiającego, nie zawierały elementu kalkulacyjnego oraz uzasadnienia dlaczego ww. koszty skalkulowano w takim wymiarze. W ocenie Izby stanowisko Zamawiającego, iż „stała obecność kierownika na placu budowy nie jest obowiązkowa” nie potwierdza prawidłowości wyceny ww. kosztu.

Kolejno Izba wskazuje, iż rację miał Odwołujący, że wykonawca Firma ZK nie udowodnił, że dysponuje odpowiednim sprzętem do kruszenia gruzu, dzięki czemu wykonawca nie ponosi kosztów związanych z jego utylizacją. Wykonawca nie uwiarygodnił również wysokości kosztów związanych z sprzedażą kruszywa, które miałyby z kolei pokryć

koszty jego wywozu z terenu rozbiórki. Wyjaśnienia wykonawcy Firmy ZK w powyższym zakresie należy uznać za gołosłowne.

Odnosząc się do zarzucanego przez Odwołującego braku uwzględnienia przez wykonawcę ZK w kalkulacji ceny oferty kosztów związanych z wywozem i utylizacją podkładów kolejowych, kosztów związanych z wykonaniem nowej nawierzchni asfaltowej, opracowaniem projektu organizacji ruchu oraz kosztów związanych z wywozem i utylizacją mieszanki mineralno – bitumicznej Zamawiający stwierdził jedynie, że koszty te – jego zdaniem - zostały ujęte w pozycji „rezerwa na nieprzewidziane koszty”. Izba wskazuje, iż stanowisko Zamawiającego w ww. zakresie nie zostało rozwinięte. W szczególności Zamawiający nie wyjaśnił, na jakiej podstawie przyjął, iż ww. koszty zostały ujęte przez wykonawcę Firmę ZK w poz. „rezerwa na nieprzewidziane koszty”, skoro powyższe nie wynikało z wyjaśnień ceny. Co więcej, stanowisko Zamawiającego należy uznać za nielogiczne. Trudno bowiem przyjąć, aby profesjonalny wykonawca, kalkulując cenę oferty w oparciu o opis przedmiotu zamówienia, uwzględnił koszty z niego wynikające w pozycji dotyczącej kosztów nieprzewidzianych. Dostrzec należy, iż Zamawiający nie dokonał żadnej analizy wysokości kosztów zabezpieczonych przez Firmę ZK na koszty nieprzewidziane, w szczególności nie zostało wykazane, że kwota 8 943,09 zł netto pokryłaby koszty, których brak uwzględnienia w kalkulacji cenowej zarzucal Odwołujący. W końcu Izba podkreśla, że Zamawiający nie może zastępować wykonawcy w składaniu wyjaśnień ceny oferty i domniemywać, że wykonawca ujął w cenie oferty dane koszty mimo, iż treść złożonych przez wykonawcę wyjaśnień obiektywnie nie daje ku temu podstaw. W zakresie kosztów ochrony złomu Izba podtrzymuje powyższą argumentację zaprezentowaną podczas analizy wyjaśnień poziomu ceny złożonych przez wykonawcę Tree.

W tym miejscu podkreślić także należy, iż Zamawiający oceniając wyjaśnienia w zakresie ceny oferty powinien zgodnie z art. 7 ust. 1 ustawy Pzp równo traktować wszystkich wykonawców. Za nieprawidłowe należy uznać działanie Zamawiającego, który kieruje do wykonawców tożsame wezwania do wyjaśnienia rażąco niskiej ceny, a następnie nie różnicuje sytuacji prawnej wykonawcy, który dołożył należytej staranności i przedstawił Zamawiającemu szczegółowe, spójne wyjaśnienia poparte dowodami oraz wykonawców, którzy nie poparli elementów kosztotwórczych dowodami, pozbawiając tym samym Zamawiającego szansy na weryfikację zadeklarowanych w wyjaśnieniach poziomów cenowych.

Przechodząc do analizy wyjaśnień ceny oferty złożonych przez wykonawcę Developer i Recykling Izba wskazuje, że wyjaśnienia nie zasługiwały na pozytywną ocenę. Podkreślić trzeba, iż wyjaśnienia rażąco niskiej ceny złożone po aukcji elektronicznej były niespójne co do zakresu i przedmiotu wyceny z wyjaśnieniami złożonymi po otwarciu ofert. Cena zaoferowana przez wykonawcę Developer i Recykling za wykonanie części IV

zamówienia w wyniku zastosowania aukcji elektronicznej uległa obniżeniu z kwoty 543 001,95 zł do kwoty 138 000 zł brutto, przy ubruttowionej szacunkowej wartości zamówienia w wysokości 485 600 zł. Dostrzec należy, iż wyjaśnienia składane przez wykonawcę w trybie art. 90 ustawy Pzp mają na celu potwierdzenie, że oferowana przez wykonawcę cena nie jest rażąco niska w stosunku do przedmiotu zamówienia. Tym samym naturalnym i oczywistym jest to, że wyjaśnienia ceny oferty determinowane są w znaczącej mierze przez przedmiot zamówienia, którego zakres nie ulega zmianom po upływie terminu składania ofert. Innymi słowy, okoliczność przewidzenia aukcji elektronicznej w niniejszym postępowaniu, nie powinna wpływać na merytoryczny zakres wyceny danej części zamówienia dokonanej przez wykonawcę. Nie budzi natomiast wątpliwości okoliczność obniżenia globalnej ceny zaoferowanej przez wykonawcę za wykonanie przedmiotu zamówienia, co też przekłada się na ceny poszczególnych składników cenotwórczych, bowiem powyższe wynika z istoty instrumentu jakim jest aukcja elektroniczna.

Uwzględniając powyższe zauważyć należy, iż wykonawca Developer i Recykling w wyjaśnieniach poziomu ceny po otwarciu ofert zadeklarował, że koparka będzie pracowała 560 godzin za stawkę godzinową 250,00 zł, natomiast w wyjaśnieniach po aukcji elektronicznej wyjaśnił, że koparka będzie pracowała już tylko 205 godzin za stawkę 200,00 zł. Podobnie rzecz ma się w przypadku kosztów pracy personelu, w wyjaśnieniach po otwarciu ofert Developer i Recykling zadeklarował nakład robocizny w ilości 1800 godzin za stawkę 25,00 zł netto, natomiast po aukcji obniżono ilość godzin do 350 oraz obniżono stawkę godzinową do 20,00 zł. W złożonych wyjaśnieniach ceny oferty z dnia 29 października 2020 r. wykonawca Developer i Recykling nie przedstawił żadnej argumentacji uzasadniającej znaczące zmniejszenie czasochłonności sprzętu oraz personelu.

Słusznie również dostrzegł Odwołujący, że w wyjaśnieniach złożonych po aukcji pominięto koszty związane z wywozem i utylizacją drewna, które zostały uwzględnione w pierwszych wyjaśnieniach. Za niewiarygodne Izba uznała natomiast stanowisko wykonawcy Developer i Recykling zawarte w piśmie procesowym, iż w pozycji c) dotyczącej wywozu i utylizacji pozostałych odpadów uwzględnione zostały koszty utylizacji drewna, gdyby konieczność taka zaistniała. Zauważyć należy, iż literalny zakres pozycji c) w wyjaśnieniach z dnia 30 września 2020 r. oraz 29 października 2020 r. nie uległ zmianie, w przeciwieństwie do zakresu pozycji d), w której pierwotnie uwzględniono koszty wywozu i utylizacji drewna. Wykonawca nie wyjaśnił jednak zmiany zakresu poz. d), mimo że, jak twierdził w toku postępowania odwoławczego, ewentualne koszty utylizacji elementów drewnianych zostały ujęte w poz. c).

Co się z kolei tyczy kosztów likwidacji zbiornika p.poż. oraz wycinki drzew Izba wskazuje, że jakkolwiek na podstawie wyjaśnień Developer i Recykling można wywieść, iż

koszty rozbiórki zbiornika p.poż. zostały ujęte w pozycji b) - kompleksowa rozbiórka obiektu wraz z infrastrukturą metodą mechaniczną specjalistycznym sprzętem wyburzeniowym wspomagana rozbiórką ręczną, to powyższe nie znajduje uzasadnienia w przypadku kosztów wycinki drzew. Co więcej, dostrzec należy, iż stanowisko Zamawiającego oraz Przystępującego Developer i Recykling w zakresie ww. kosztów było niespójne. Przystępujący w piśmie procesowym wskazał, że ww. koszty zostały ujęte w robotach przygotowawczych (pozycja a) oraz kosztach pośrednich, a nie jak domniemywał Zamawiający w pozycji b. Podobnie należy ocenić kwestię braku uwzględnienia w kalkulacji ceny kosztów transportu sprzętu oraz dojazdów pracowników na budowę, które w ocenie Zamawiającego zostały ujęte przez wykonawcę Developer i Recykling w pozycji a) – roboty przygotowawcze, podczas gdy jak wynika z pisma procesowego Przystępującego koszty te, jak również koszty ochrony zostały uwzględnione w kosztach pośrednich. Wskazać również należy, iż z treści wyjaśnień ceny oferty złożonych przez Developer i Recykling nie wynika, by koszty ochrony złomu, transportu sprzętu, dojazdu pracowników na budowę oraz koszty personelu dedykowanego do kierowania robotami rozbiórkowymi zostały przewidziane w kosztach pośrednich. Dopiero w piśmie procesowym z dnia 18 grudnia 2020 r. wykonawca Developer i Recykling uszczegółowił i podał jakie elementy cenowe zostały ujęte w kosztach pośrednich oszacowanych na znaczącym poziomie 40%.

W przedmiocie kosztów ochrony złomu Izba podtrzymuje dotychczasową argumentację, przy czym jak już zauważono powyżej z wyjaśnień ceny oferty Developer i Recykling nie wynika, by koszty ochrony złomu zostały uwzględnione w kosztach pośrednich.

Zauważyć również, iż przedstawiona w piśmie procesowym z dnia 18 grudnia 2020 r. kalkulacja cenowa była niespójna z kalkulacją przedstawioną w wyjaśnieniach z dnia 29 października 2020 r. w zakresie pozycji dotyczącej kosztów personelu stanowiącej 7 000 zł. Przystępujący w toku rozprawy stwierdził, że podane w kalkulacji zawartej w piśmie procesowym kwoty należałoby powiększyć o koszty pośrednie stanowiące 40% dzięki czemu nie będzie rozbieżności pomiędzy przedstawionymi kalkulacjami. Zauważyć przy tym należy, iż gdyby powyższe założenie było prawidłowe, to kwota podana w piśmie procesowym z 18 grudnia 2020 r. (7000 zł) powinna być niższa od kwoty zawartej w kalkulacji z wyjaśnień cenowych złożonych w toku postępowania o udzielenie zamówienia, a nie tożsama.

Wziąwszy pod rozwagę powyższe, w ocenie Izby, wykonawca Developer i Recykling złożył ogólne, nierzetelne i niespójne wyjaśnienia w zakresie ceny oferty, dostosowane do potrzeby wykazania sposobu zbudowania ceny oferty znacząco obniżonej po aukcji elektronicznej.

Podsumowując powyższe stwierdzić należy, iż wykonawcy Tree, Developer i Recykling oraz Firma ZK nie dołożyli należytej staranności w wyjaśnieniu Zamawiającemu

sposobu kalkulacji ceny ofert, przez co w konsekwencji nie wykazali, że zaoferowana przez nich cena nie jest ceną rażąco niską. Oferty ww. wykonawców podlegały zatem odrzuceniu na podstawie art. 89 ust. 1 pkt 4 w zw. z art. 90 ust. 3 ustawy Pzp.

Potwierdził się zarzut naruszenia art. 24 ust. 1 pkt 12 w zw. z art. 22 ust. 1 pkt 2 ustawy Pzp, poprzez zaniechanie wykluczenia z części V postępowania wykonawcy Firmy ZK, podczas gdy ww. wykonawca nie wykazał, że dysponuje minimum 1 koparko – ładowarką o pojemności łyżki minimum 0,25 m³ albo koparką i ładowarką o pojemności łyżki 0,25 m³ i 2,5 m³.

Zgodnie z art. 24 ust. 1 pkt 12 ustawy Pzp, z postępowania o udzielenie zamówienia wyklucza się wykonawcę, który nie wykazał spełniania warunków udziału w postępowaniu lub nie został zaproszony do negocjacji lub złożenia ofert wstępnych albo ofert, lub nie wykazał braku podstaw wykluczenia. Stosownie do treści art. 26 ust. 3 ustawy Pzp, jeżeli wykonawca nie złożył oświadczenia, o którym mowa w art. 25a ust. 1, oświadczeń lub dokumentów potwierdzających okoliczności, o których mowa w art. 25 ust. 1, lub innych dokumentów niezbędnych do przeprowadzenia postępowania, oświadczenia lub dokumenty są niekompletne, zawierają błędy lub budzą wskazane przez zamawiającego wątpliwości, zamawiający wzywa do ich złożenia, uzupełnienia lub poprawienia lub do udzielania wyjaśnień w terminie przez siebie wskazanym, chyba że mimo ich złożenia, uzupełnienia lub poprawienia lub udzielenia wyjaśnień oferta wykonawcy podlega odrzuceniu albo konieczne byłoby unieważnienie postępowania.

Izba wskazuje, iż nie podzieliła stanowiska Zamawiającego, jakoby zmodyfikowane wymaganie odnoszące się do koparki i ładowarki oznaczało, iż Zamawiający wymagał albo koparki i ładowarki, albo samej koparki. Powyższemu stanowisku przeczy treść ogłoszenia o zamówieniu wraz ze zmianami oraz SIWZ wraz z jej wyjaśnieniami. Nie budzi wątpliwości dokonana przez Zamawiającego zmiana treści ogłoszenia o zamówieniu z dnia 21 września 2020 r., w ramach której Zamawiający wskazał, iż w ramach części V zamówienia wymaga, by wykonawca posiadał potencjał techniczny w zakresie sprzętu niezbędnego do realizacji przedmiotu zamówienia w postaci koparko – ładowarki o poj. łyżki min. 0,25 m³ 1 szt. Z kolei w wyjaśnieniach treści SIWZ z dnia 23 września 2020 r. Zamawiający dopuścił posiadanie przez wykonawcę koparki i ładowarki o pojemności łyżki 0,25 m³ i 2,5 m³. Z powyższego wynika zatem, że wykonawca w celu potwierdzenia warunku udziału w postępowaniu w zakresie sprzętu obowiązany był wykazać się koparko – ładowarką o pojemności łyżki 0,25m³ - jak wskazano w ogłoszeniu o zamówieniu albo koparką i ładowarką o pojemności łyżki 0,25 m³ i 2,5 m³ - jak dopuszczono w specyfikacji. Tym samym wykonawca Firma ZK, który wykazał się dysponowaniem dwóch koparek nie potwierdził spełniania warunku udziału w postępowaniu.

Mając na uwadze powyższe potwierdził się zarzut niewykazania spełnienia warunku udziału w postępowaniu dotyczącego potencjału sprzętowego w zakresie części V zamówienia przez Firmę ZK. Izba nie nakazała jednak Zamawiającemu wezwania ww. wykonawcy na podstawie art. 26 ust. 3 ustawy Pzp do uzupełnienia wykazu sprzętu z uwagi na okoliczność, iż oferta tego wykonawcy podlega odrzuceniu na podstawie art. 89 ust. 1 pkt 4 w zw. z art. 90 ust. 3 ustawy Pzp.

W konsekwencji powyższego potwierdził się zarzut naruszenia art. 91 ust. 1 ustawy Pzp poprzez dokonanie wyboru ofert wykonawców Tree w części I i III zamówienia, Developer i Recykling w części IV zamówienia oraz Firmy ZK w części V zamówienia, jako ofert najkorzystniejszych w postępowaniu, podczas gdy oferty ww. wykonawców podlegały odrzuceniu z powodu rażąco niskiej ceny.

W świetle powyższego orzeczono jak w sentencji.

W konsekwencji na podstawie art. 192 ust. 1 zdanie pierwsze ustawy Pzp Izba orzekła w formie wyroku, uwzględniając odwołanie. O kosztach Izba orzekła na podstawie art. 192 ust. 9 i 10 ustawy Pzp stosownie do jego wyniku. Zgodnie zaś z § 3 pkt 1 i 2 lit. b rozporządzenia Prezesa Rady Ministrów z dnia 15 marca 2010 r. w sprawie wysokości i sposobu pobierania wpisu od odwołania oraz rodzajów kosztów w postępowaniu odwoławczym i sposobu ich rozliczania (Dz. U. z 2018 r. poz. 972 t.j.), Izba zasądziła od Zamawiającego na rzecz Odwołującego koszty strony poniesione z tytułu wpisu od odwołania oraz wynagrodzenia pełnomocnika stanowiące łącznie kwotę 13 600 zł.

Przewodniczący: