

**WYROK**  
**z 16 czerwca 2021 r.**

**Krajowa Izba Odwoławcza - w składzie:**

**Przewodniczący: Ernest Klauziński**

**Protokolant: Klaudia Kwadrans**

po rozpoznaniu na rozprawie 14 czerwca 2021 roku w Warszawie odwołania wniesionego do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej 13 kwietnia 2021 r. przez wykonawcę Recycling Logo Group Sp. z o.o. Sp. k. z siedzibą w Rudzie Śląskiej w postępowaniu prowadzonym przez zamawiającego: Spółkę Restrukturyzacji Kopalń S.A. z siedzibą w Bytomiu, przy udziale:

A. wykonawcy Energokon-Plus Sp. z o.o. z siedzibą w Sosnowcu zgłaszającego przystąpienie do postępowania odwoławczego po stronie zamawiającego

**orzeka:**

1. Uwzględnić odwołanie i nakazuje Zamawiającemu:
  - 1.1 unieważnienie czynności wyboru najkorzystniejszej oferty w postępowaniu,
  - 1.2 odrzucenie z postępowania oferty wykonawcy Energokon-Plus Sp. z o.o. z siedzibą w Sosnowcu.
2. Kosztami postępowania obciąża Zamawiającego - Spółkę Restrukturyzacji Kopalń S.A. z siedzibą w Bytomiu i:
  - 2.1 zalicza w poczet kosztów postępowania odwoławczego kwotę 10 000 zł 00 gr (słownie: dziesięć tysięcy złotych 00/100), uiszczoną przez Odwołującego - Recycling Logo Group Sp. z o.o. Sp. k. z siedzibą w Rudzie Śląskiej tytułem wpisu od odwołania,
  - 2.2 zasądza od Zamawiającego - Spółki Restrukturyzacji Kopalń S.A. z siedzibą w Bytomiu na rzecz Odwołującego - Recycling Logo Group Sp. z o.o. Sp. k. z siedzibą w Rudzie Śląskiej kwotę 13 600 zł 00 gr (słownie: trzynaście tysięcy sześćset złotych 00/100) stanowiącą koszty postępowania odwoławczego poniesione przez Odwołującego z tytułu wpisu od odwołania oraz kosztów wynagrodzenia pełnomocnika.

Stosownie do art. 579 i 580 ustawy z 11 września 2019 r. - Prawo zamówień publicznych (Dz. U. z 2019 r., poz. 2019 ze zm.) na niniejszy wyrok - w terminie 14 dni od jego doręczenia - przysługuje skarga za pośrednictwem Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej do Sądu Okręgowego w Warszawie.

.....

## Uzasadnienie

Spółka Restrukturyzacji Kopalń S.A. z siedzibą w Bytomiu (dalej Zamawiający) prowadzi na podstawie przepisów ustawy z 29 stycznia 2004 r. Prawo zamówień publicznych (Dz. U. z 2019 r., poz. 1843 ze zm., dalej: Pzp) postępowanie o udzielenie zamówienia publicznego w trybie przetargu nieograniczonego pod nazwą: „Rozbiórka obiektów w Czerwionce Leszczynach położonych na terenie byłej KWK Dębieńsko dla SRK S.A. w Bytomiu Oddział Kopalnie Węgla Kamiennego w całkowitej likwidacji”, numer: ZP-KCL-0017/20, zwane dalej postępowaniem.

Ogłoszenie o zamówieniu zostało opublikowane w Biuletynie Zamówień Publicznych 8 czerwca 2020 r. pod numerem 548608-N-2020. Wartość zamówienia nie przekracza kwot określonych w przepisach wykonawczych wydanych na podstawie art. 11 ust. 8 Pzp.

13 kwietnia 2021 r. wykonawca Recycling Logo Group Sp. z o.o. Sp. k. z siedzibą w Rudzie Śląskiej (Dalej: Odwołujący), wniósł odwołanie, w którym zaskarżył niezgodne z przepisami czynności i zaniechania Zamawiającego, zarzucając mu naruszenie następujących przepisów Pzp:

1. art. 89 ust. 1 pkt 4 w zw. z art. 90 ust. 2 Pzp przez zaniechanie odrzucenia oferty Energokon-Plus Sp. z o.o. z siedzibą w Sosnowcu (dalej: Przystępujący) jako oferty zawierającej rażąco niską cenę, gdy wykonawca ten nie wykazał, że jego oferta nie zawierała rażąco niskiej ceny oraz nie złożył żądanych przez Zamawiającego dowodów,
2. art. 89 ust. 1 pkt 4 w zw. z art. 90 ust. 3 Pzp przez zaniechanie przeprowadzenia przez Zamawiającego wszechstronnej i dokładnej oceny wyjaśnień złożonych przez Przystępującego, z pominięciem faktu, że obowiązek wykazania, że oferta nie zawierała rażąco niskiej ceny oraz złożenia dowodów spoczywał Przystępującym, co w konsekwencji doprowadziło do zaniechania odrzucenia oferty Przystępującego z postępowania jako zawierającej rażąco niską cenę,
3. art. 91 ust. 1 Pzp przez dokonanie wyboru, jako najkorzystniejszej w postępowaniu, oferty złożonej przez Przystępującego, mimo, że jego oferta podlegała odrzuceniu na podstawie art. 89 ust. 1 pkt 4 w zw. z art. 90 ust. 2 i 3 Pzp,
4. art. 7 ust. 1 i 3 Pzp przez niezapewnienie uczciwej konkurencji i równego traktowania wykonawców, przez zaniechanie obligatoryjnych działań przez Zamawiającego

i w konsekwencji dokonanie wyboru, jako najkorzystniejszej, oferty podlegającej odrzuceniu.

Odwołujący wniósł o uwzględnienie odwołania i nakazanie Zamawiającemu:

1. unieważnienia czynności wyboru najkorzystniejszej oferty złożonej przez Przystępującego.
2. odrzucenia oferty Przystępującego.
3. powtórzenia czynności badania i oceny ofert oraz wyboru najkorzystniejszej oferty z udziałem ofert niepodlegających odrzuceniu.

Odwołujący wniósł ponadto o zasądzenie na jego rzecz od Zamawiającego kosztów postępowania odwoławczego.

W uzasadnieniu odwołania Odwołujący wskazał m.in.:

Zamawiający 26 czerwca 2020 r. wezwał Przystępującego do złożenia wyjaśnień, w tym do złożenia dowodów dotyczących elementów oferty mających wpływ na ceny.

W odpowiedzi z 29 czerwca 2021 r. Przystępujący złożył Zamawiającemu wyjaśnienia dotyczące elementów oferty mających wpływ na wysokość ceny.

W ocenie Odwołującego było one lakoniczne, niekonkretne i nie wykazywały, że zaoferowana cena nie była rażąco niska. Przystępujący ograniczył się do wskazania okoliczności, które jak twierdził, miały wpływ na obniżenie ceny. Wyjaśnienia te były jednak niewystarczające do ustalenia, że Przystępujący nie zaoferował ceny rażąco niskiej. Wykonawca nie wskazał w jaki sposób okoliczności, na które się powołał, wpłynęły na obniżenie ceny oraz o jakie wartości cena ta została obniżona. Do wyjaśnień nie załączono żadnych dowodów potwierdzających przyjętą przez Przystępującego kalkulację, w tym m.in. wykazu sprzętu, wykazu środków trwałych, umów najmu, umów leasingu, list płac, itp., mimo, że do złożenia dowodów w tym zakresie Przystępujący został wyraźnie zobowiązany przez Zamawiającego wezwaniu z 26 czerwca 2020 r.

W wyjaśnieniach Przystępujący wskazał m.in., że w celu ograniczenia osobowych kosztów pracy przyjął metodę maksymalnej mechanizacji prac przez użycie dźwigów, maszyn burzących, ładujących i samochodów samowładowczych, co pozwoliło na znaczną redukcję kosztów. Przystępujący nie udowodnił jednak, aby dysponował takim parkiem maszynowym oraz nie wykazał jakie w związku z tym uzyskał oszczędności. Z takiej argumentacji nie wynikała ani oszczędność metody, ani też wyjątkowość rozwiązań. Użycie dźwigów, maszyn burzących, ładujących oraz samochodów stanowi działanie typowe, standardowe, stosowane przez inne podmioty realizujące tego rodzaju zamówienia.

Zdaniem Odwołującego wątpliwym było, by taka metoda przyczyniła się do obniżenia kosztów realizacji zamówienia. Koszty najmu, leasingu, czy też utrzymania maszyn są znaczne.

Do tego koniecznym jest zapewnienie osób posiadających odpowiednie kwalifikacje i uprawnienia do ich obsługi. Dla przykładu Odwołujący wskazał, że z oferty załączonej jako dowód do odwołania wynika, że najem żurawia 500 t to koszt rzędu 1 100 zł netto za każdą motogodzinę pracy tego sprzętu. Do tego należy doliczyć transport oraz montaż (demontaż) maszyny na miejscu prowadzenia rozbiórki oraz obsługę operatorską. W ocenie Odwołującego koszt pracy tej maszyny został przez Przystępującego zaniżony.

Odwołujący wskazał również, że zaniżona była także cena mobilizacji dźwigu w wysokości 17 000 zł. Zdaniem Odwołującego rzeczywisty koszt to ok. 45 000 zł.

Z powyższych przyczyn Odwołujący podniósł, że przyjęte przez Przystępującego nie zostały w żaden sposób udowodnione, a zatem jako gołosłowne nie zasługiwały na uwzględnienie.

Przystępujący zaniżył również stawki za utylizację odpadów i nie udowodnił, że dysponuje możliwością przekazania odpadów po kosztach wskazanych kalkulacji (utylizacja papy, utylizacja szkła, utylizacja gruzu), mimo, że w wyjaśnieniach powołał się na wypracowane u kontrahentów korzystne stawki. Koszty utylizacji odpadów pochodzących z rozbiórki są znaczne – transport, składowanie oraz utylizacja takich odpadów objęte są rygorystycznymi normami, których zachowanie generuje znaczne koszty po stronie podmiotów prowadzących taką działalność.

Przystępujący nie wykazał dysponowania sprzętem w postaci dźwigów, maszyn burzących, ładujących, mimo, że z okoliczności tej wywodził oszczędność dla przyjętej metody realizacji zadania. Przystępujący wskazał także, że dysponował ofertą na obsługę geodezyjną wraz z wykonaniem mapy powykonawczej, jednakże oferty tej nie złożył, co również poddawało w wątpliwość przyjęte przez niego stawki w tym zakresie (2000 zł netto/zadanie).

Przystępujący wskazał również na właściwe wyłącznie jemu korzystne ceny zakupu paliw oraz gazów technicznych. Była to jednak kolejna okoliczność nie poparta żadnymi dowodami.

W konsekwencji Odwołujący wskazał, że Przystępujący w wyjaśnieniach z 29 czerwca 2020 r. nie udowodnił żadnego z twierdzeń mających potwierdzać realność ceny swojej oferty.

11 maja 2021 r. Zamawiający złożył pisemną odpowiedź na odwołanie i wniósł o jego odrzucenie jako wniesionego po terminie. W uzasadnieniu swojego stanowiska Zamawiający wskazał m. in.:

Czynność wezwania Przystępującego do wyjaśnień ceny oferty miała miejsce 26 czerwca 2020 r., a wyjaśnienia zostały udzielone przez Przystępującego 29 czerwca 2020 r. Zamawiający podkreślił, że pierwszy wybór oferty najkorzystniejszej w postępowaniu nastąpił 9 grudnia 2020 roku. Zamawiający dokonał wówczas wyboru oferty złożonej przez wykonawcę D. M., co skutkowało wniesieniem odwołania przez wykonawcę L. W. . Na skutek wniesionego odwołania, KIO wyrokiem z 14 stycznia 2021 roku uwzględniła odwołanie i nakazała Zamawiającemu unieważnić czynność wyboru najkorzystniejszej oferty, odrzucić ofertę złożoną przez D. M. i dokonać ponownej oceny ofert (wyrok o sygn. akt KIO 3338/20).

Zamawiający zgodnie z ww. wyrokiem dokonał ponownej weryfikacji ofert. Co jednak istotne, w ramach powyższego, nie podjął żadnych nowych czynności w zakresie badania ceny Przystępującego.

Wybór oferty Przystępującego jako najkorzystniejszej nastąpił 8 kwietnia 2021 r. Odwołujący jednak nie kwestionował ceny oferty Przystępującego po pierwszym wyborze oferty.

Zamawiający wskazał, że w jego ocenie termin do wniesienia odwołania należało liczyć od daty pierwszego wyboru najkorzystniejszej oferty w postępowaniu. Złożenie odwołania na obecnym etapie było w ocenie Zamawiającego spóźnione. Odwołujący miał przy tym ówczasnie interes prawny w uzyskaniu zamówienia (podmiot znajdujący się na dalszej pozycji w rankingu ofert również posiada legitymację materialną do zaskarżenia wyboru). Od dnia dokonania pierwszego wyboru Zamawiający nie zmienił swojej oceny, co do treści wyjaśnień złożonych przez Przystępującego, nie dokonywał ponownej weryfikacji ceny, nie wzywał tego wykonawcy do złożenia kolejnych wyjaśnień. Brak było zatem podstaw do przyjęcia, że termin do wniesienia odwołania zaczął biec na nowo, po dokonaniu czynności ponownego wyboru najkorzystniejszej oferty w postępowaniu.

11 czerwca 2021 r. Zamawiający złożył pisemną odpowiedź na odwołanie i wniósł o jego oddalenie. Uzasadniając swoje stanowisko Zamawiający wskazał m. in.:

Zamawiający odrzuca ofertę, jeżeli zawierała ona rażąco niską cenę lub koszt w stosunku do przedmiotu zamówienia. Tym samym dla zaistnienia możliwości zastosowania tego przepisu Zamawiający musiał mieć pewność, że za cenę zaoferowaną przez wykonawcę danego zamówienia nie dałoby się prawidłowo wykonać lub musiał ustalić, że skalkulowany koszt nie umożliwia pokrycia wydatków związanych z wykonaniem jakiegoś elementu zamówienia w sposób prawidłowy. Zamawiający nie mógł przy tym zastosować automatycznego odrzucenia oferty podejrzanej o rażąco niską cenę lub koszt.

Art. 89 ust. 1 pkt 4 Pzp ma charakter eliminacyjny i musi być wykładany w sposób ścisły, jak wszystkie przesłanki odrzucenia ofert, które nie mogą być wykładane sprzeczne z celem ustawy, którym jest wyłonienie konkurencyjnie wybranego wykonawcy. Skoro wyjaśnienia oferty

udzielone przez Przystępujący nie budziły wątpliwości Zamawiającego, to Zamawiający nie mógł odrzucić jego oferty.

Zgodnie z art. 190 ust. 1a pkt 1 Pzp ciężar dowodu, że oferta nie zawiera rażąco niskiej ceny, spoczywa na wykonawcy, który ją złożył, jeżeli jest stroną albo uczestnikiem postępowania odwoławczego. Niemniej przepis ten nie zwalniał Odwołującego od obowiązku wykazania i udowodnienia okoliczności, które uczynił podstawą swoich zarzutów. Odwołujący zaproponował ogólne twierdzenia, natomiast powinien przedstawić materiał dowodowy, z którego wynikałoby, że oferta Przystępującego zawierała rażąco niską cenę, a Zamawiający błędnie ją ocenił.

16 kwietnia 2021 r. Przystępujący złożył pismo procesowe, w którym zawarł wniosek o odrzucenie odwołania jako wniesionego po terminie. Argumentacja Przystępującego była zbliżona do przytoczonej wyżej argumentacji Zamawiającego w zakresie wniosku o odrzucenie odwołania z 11 maja 2021 r.

**Po przeprowadzeniu rozprawy Izba, uwzględniając dokumentację przedmiotowego postępowania o udzielenie zamówienia publicznego, jak również biorąc pod uwagę oświadczenia i stanowiska stron i przystępującego zawarte w odwołaniu, odpowiedzi na odwołanie, a także wyrażone ustnie na rozprawie i odnotowane w protokole, ustaliła i zważyła, co następuje.**

W przypadku odwołań wniesionych po 31 grudnia 2020 r., a dotyczących postępowań o udzielenie zamówienia publicznego wszczętych przed 1 stycznia 2021 r., stosownie do art. 92 ust. 2 ustawy z 11 września 2019 r. przepisy wprowadzające ustawę - Prawo zamówień publicznych (Dz. U. z 2019 r., poz. 2020) zastosowanie znajdują przepisy ustawy nPzp, zwanej dalej: nPzp.

Izba oddaliła wniosek o odrzucenie odwołania jako wniesionego bez zachowania ustawowego terminu. Izba ustaliła, że postępowanie prowadzone jest w trybie przetargu nieograniczonego, a wartość szacunkowa przedmiotu zamówienia nie przekracza kwot określonych w przepisach wykonawczych wydanych na podstawie art. 11 ust. 8 Pzp. Postępowanie zostało wszczęte 8 czerwca 2020 r. Tym samym, zgodnie z obowiązującym ówczesnie stanem prawnym dopuszczalny zakres odwołań w postępowaniu określał art. 180 ust. 2 Pzp, który stanowił, że jeżeli wartość zamówienia jest mniejsza niż kwoty określone w przepisach wydanych na podstawie art. 11 ust. 8, odwołanie przysługuje wyłącznie wobec czynności:

- 1) wyboru trybu negocjacji bez ogłoszenia, zamówienia z wolnej ręki lub zapytania o cenę;

- 2) określenia warunków udziału w postępowaniu;
- 3) wykluczenia odwołującego z postępowania o udzielenie zamówienia;
- 4) odrzucenia oferty odwołującego;
- 5) opisu przedmiotu zamówienia;
- 6) wyboru najkorzystniejszej oferty.

Pierwszym momentem, w którym Odwołujący mógł dowiedzieć się, że Zamawiający pozytywnie ocenił złożone przez Przystępującego wyjaśnienia ceny oferty było skierowanie do tego wykonawcy zaproszenia do udziału w aukcji elektronicznej. Zgodnie z przytoczonym wyżej art. 180 ust. 2 Pzp Odwołującemu nie przysługiwało jednak na tamtym etapie odwołanie od zaniechania odrzucenia oferty wykonawcy zaproszonego do udziału w aukcji.

9 grudnia 2020 r. Zamawiający poinformował o dokonaniu wyboru najkorzystniejszej oferty w postępowaniu, ale oferta Przystępującego sklasyfikowana została dopiero na trzecim miejscu listy rankingowej ofert. W konsekwencji Odwołujący nie miał możliwości wniesienia odwołania przeciwko zaniechaniu przez Zamawiającego odrzucenia oferty Przystępującego, gdyż zaniechanie to nie mieściłoby się w określonej w art. 180 ust. 2 pkt 6 Pzp czynności wyboru najkorzystniejszej oferty. Oferta Przystępującego nie została uznana za najkorzystniejszą zatem Odwołujący nie był uprawniony do wniesienia odwołania w terminie postulowanym zarówno przez Zamawiającego jak i Przystępującego, tj. terminie liczonym od 9 grudnia 2020 r.

Ponownej czynności wyboru najkorzystniejszej oferty Zamawiający dokonał 8 kwietnia 2021 r. i w ocenie Izby dopiero od tego terminu, wobec opisanego wyżej stanu faktycznego, Odwołujący mógł w sposób rzeczywisty dochodzić swoich racji w postępowaniu odwoławczym. W konsekwencji Izba uznała wniosek o odrzucenie odwołania jako wniesionego po terminie za niezasadny.

Izba stwierdziła, że nie została wypełniona żadna z przesłanek ustawowych skutkujących odrzuceniem odwołania, wynikających z art. 528 ustawy z 11 września 2019 r. - Prawo zamówień publicznych (Dz. U. z 2019 r., poz. 2019 ze zm., dalej: nPzp).

Przystępując do rozpoznania odwołania, Izba ustaliła wystąpienie przesłanek z art. 505 ust. 1 nPzp, tj. istnienie po stronie odwołującego interesu w uzyskaniu zamówienia oraz możliwości poniesienia przez Odwołującego szkody w wyniku kwestionowanych czynności zamawiającego. Izba ustaliła, że do postępowania odwoławczego zgłosił skuteczne przystąpienie wykonawca Energokon-Plus Sp. z o.o. z siedzibą w Sosnowcu zgłaszający przystąpienie do postępowania odwoławczego po stronie zamawiającego.



Mając na uwadze powyższe Izba merytorycznie rozpoznała złożone odwołanie, uznając, że zasługuje ono na uwzględnienie.

Zgodnie z informacją z otwarcia ofert z 23 czerwca 2021 r. oferty w postępowaniu złożyli:

1. Nomet S. N. - cena 18 963 730,68 zł,
2. Demolition Group M. M. - cena 2 535 442,52 zł,
3. S. C. Firma Handlowa Itos Wyburzanie Obiektów Przemysłowych - cena 13 751 400,00 zł,
4. Przedsiębiorstw Handlowo Usługowe Foxmet M. C. - cena 360 916,05 zł,
5. P.H.U. Marex Sp. z o.o. Sp. K. - cena 713 400 000,00 zł,
6. Odwołujący - cena 3 948 915,00 zł,
7. Developer i Recycling Sp. z o.o. - cena 8 178 762,00 zł,
8. Firma ZK S.c. K. Ż., G. Ż. - cena 984 000 000,02 zł,
9. P.H.U. Complex L. W. - cena 1 771 200,00 zł,
10. Przystępujący - cena 1 838 850,00 zł,
11. Tree Capital Sp. z o.o. - cena 5 811 750,00 zł,
12. Ulman D. M. - cena 7 072 500,00 zł,
13. PPUHT Stalbet 2 A. S. - cena 40 713 000,00 zł,
14. Pol Invest Group Sp. z o.o. - cena 9 594 000,00 zł,
15. Przedsiębiorstwo Handlowo Usługowe W. C. - cena 29 646 430,47 zł,
16. Grani-Tec D. P. i D. A. S.c. - cena 6 273 000,00 zł,
17. Eko Grand R. K. - cena 733 014,81 zł.

26 czerwca 2021 r. Zamawiający zwrócił się do Przystępującego o udzielenie wyjaśnień dotyczących ceny jego oferty. Jako podstawę faktyczną wezwania Zamawiający wskazał: „zapropozowana przez Państwa w ofercie cena budzi uzasadnione wątpliwości, co do możliwości wykonania przedmiotu zamówienia zgodnie z wymaganiami określonymi przez Zamawiającego - jest niższa o 81,76% od średniej z wszystkich złożonych ofert (wynoszącej 10 079 527,44 zł brutto)”.

Zamawiający wskazał, że „wyjaśnienia i dowody powinny dotyczyć w szczególności takich elementów jak:

- oszczędność metody wykonania zamówienia,
- wybranych rozwiązań technicznych,
- wyjątkowo sprzyjające warunki wykonania zamówienia dostępnych Wykonawcy,
- koszty pracy, z zastrzeżeniem, iż ich wartość przyjęta do ustalenia ceny nie może być niższa od minimalnego wynagrodzenia za pracę albo minimalnej stawki godzinowej,

ustalonych na podstawie art. 2 ust. 5 ustawy z dnia 10 października 2002 r. o minimalnym wynagrodzeniu za pracę,

- pomoc publiczna udzielona na podstawie odrębnych przepisów,
- wynikających z przepisów prawa pracy i przepisów o zabezpieczeniu społecznym, obowiązujących w miejscu, w którym realizowane jest zamówienie,
- wynikających z przepisów prawa ochrony środowiska,
- powierzenia wykonania części zamówienia podwykonawcy.

Zamawiający wskazał ponadto:

„W wyjaśnieniach należy podać wszelkie obiektywne czynniki odnoszące się do elementów oferty i mające znaczenie dla należytej realizacji zamówienia. Należy podać elementy oferty mające wpływ na wysokość ceny oraz rodzaje i wysokość kosztów realizacji poszczególnych elementów. Wyjaśnienia mają zawierać element kalkulacyjny. Wykonawca jest obowiązany podać koszty pracy, jakie zostały przyjęte w cenie ofertowej, w tym miesięcznie na jedną osobę zatrudnioną przy wykonywaniu zamówienia, a także uzasadnienie dlaczego skalkulowano je w takim wymiarze. Wykonawca obowiązany jest wykazać i udowodnić, że przyjęta do ustalenia ceny oferty wartość kosztów pracy (bez względu na formę zatrudnienia – umowa o pracę lub umowa cywilnoprawna) nie jest niższa od minimalnego wynagrodzenia za pracę albo minimalnej stawki godzinowej, ustalonych na podstawie przepisów ustawy z dnia 10 października 2002 r. o minimalnym wynagrodzeniu za pracę (Dz.U. z 2017 r. poz. 847)”.

W odpowiedzi, 29 czerwca 2021 r. Przystępujący złożył wyjaśnienia i wskazał m. in.:

„Poniżej przedstawiamy uzasadnienie, udowadniające oszczędność naszych metod wykonania zamówienia, wybrane rozwiązania techniczne, wyjątkowo sprzyjające warunki wykonania zamówienia, oryginalność projektu, a także niskie koszty pracy:

1. W celu ograniczenia osobowych kosztów pracy (przy zachowaniu poziomu płac przekraczającego ustawowe minima), przyjęto metody maksymalnej mechanizacji prac poprzez użycie dźwigów, maszyn burzących, ładujących i samochodów samowładowczych. Poza znaczną redukcją kosztów pozwala to na podniesienie standardów BHP poprzez wykluczenie obecności ludzi w strefach zagrożenia. Pozwala to także przyspieszyć proces realizacji prac bez uszczerbku dla bezpieczeństwa, a zatem ograniczyć koszty (...). W dalszej części wyjaśnień przedstawiamy kalkulację tabelaryczną udowadniającą naszą cenę ofertową.
2. Dzięki zatrudnieniu wykwalifikowanych pracowników zamieszkujących w okolicach prowadzonych prac (kilka osób do prac fizycznych), nie ponosimy kosztów związanych z delegacjami i zakwaterowaniem pracowników. Z całą mocą podkreślamy przy tym,

że wszyscy pracownicy w naszej firmie zatrudniani są legalnie i ponosimy z tego tytułu wszelkie przewidziane prawem opłaty.

3. Posiadamy maszyny z osprzętem burzącym, w związku z czym kalkulacja nie zawiera dodatkowych kosztów ich wynajęcia lub leasingu, co w tego typu zleceniach jest jednym z najistotniejszych czynników cenotwórczych. Ponadto z racji niewielkiej odległości naszej siedziby od miejsca prowadzenia prac, koszty przewiezienia sprzętu będą niewielkie.
4. W związku z długoletnią działalnością związaną z pracami rozbiórkowymi i znajomością lokalnego rynku, przeprowadziliśmy z podmiotami uprawnionymi, z którymi współpracowaliśmy, wstępne negocjacje kosztów transportu i przyjęcia odpadów nie nadających się do odzysku. Zostały nam przedstawione bardzo korzystne stawki za transport i utylizację odpadów porzbiórkowych. Ponadto posiadamy ramowe umowy odbioru odpadów rozbiórkowych z renomowanymi, uprawnionymi odbiorcami. Całe postępowanie z odpadami będzie oczywiście udokumentowane w sposób przewidziany prawem oraz zostaną dopełnione wszelkie procedury.
5. W związku z niskimi kosztami administracyjnymi i niskimi ogólnymi kosztami działalności naszej Spółki (własna nieruchomość, baza i zaplecze techniczne, ograniczenie personelu biurowego), możemy kształtować koszty pośrednie na niskim poziomie.
6. Spółka nasza posiada wewnętrzny system kontroli jakości i postępu prac, co pozwala na usprawnienie realizacji i wpływa na znaczne oszczędności m. in. paliwa.
7. Spółka nasza dokonuje zakupu paliwa oraz gazów technicznych na terenie całej Polski na warunkach flotowych, po cenach znacznie niższych, niedostępnych dla odbiorców detalicznych, co wpływa na dalszą obniżkę kosztów.
8. Posiadamy wieloletnie doświadczenie w projektowaniu i rozbiórce wszelkich obiektów budowlanych o charakterystyce podobnej do obiektów objętych ofertą wraz z segregacją, wywozem i utylizacją odpadów, co pozwoli na sprawną organizację i terminowe wykonanie prac, a tym samym obniżenie kosztów rozbiórki. Długoletnie doświadczenie obejmuje również wycenę tych prac.
9. W naszej działalności wielokrotnie świadczyliśmy usługi rozbiórkowe na rzecz Spółki Restrukturyzacji Kopalń S.A. na podstawie przepisów Prawa zamówień publicznych, (między innymi: rozbiórka budynku biurowego wraz z budynkami gospodarczymi w Wałbrzychu, rozbiórka budynku administracyjnego i stacji ratownictwa KWK Niwka-Modrzejów w Sosnowcu, budynek hydroforni KWK Jan Kanty w Jaworznie, likwidacja obiektów na terenie KWK Niwka-Modrzejów, likwidacja obiektów Szybu Jadwiga KWK Porąbka-Klimontów, wykonanie dokumentacji projektowej rozbiórki 11 obiektów w Rejonie Juliusz), a także na zlecenie Kompanii Węglowej rozbiórka budynku

kruszarzni kamienia wraz z pomostem w KWK Halemba Wirek, a także rozbiórka wiaduktu na zlecenie SRK KWK Makoszowy w okresie sierpień-wrzesień 2018 oraz na zlecenie SRK KWK Wieczorek I rozbiórka bocznicy piaskowej nr 1 i 2 oraz mostu podsadzkowego samowyladowczego w rejonie Szybu „Wschodni” – grudzień 2018 – styczeń 2019. We wrześniu 2019 zakończyliśmy rozbiórkę 14 obiektów na KWK Krupiński. Znamy stosowne procedury, pracownicy nasi są już przeszkoleni w zakresie szczególnych wymogów (w tym także dotyczących prowadzenia prac w ruchu czynnego Zakładu Górniczego), co pozwoli na sprawną organizację pracy i ograniczy koszty. W załączeniu protokoły odbioru/referencje przywołanych prac.

Jak już wyżej wspomniano, w ofercie założyliśmy maksymalną mechanizację procesu rozbiórki. Pozwala to na ograniczenie udziału robocizny w kosztach, przy zachowaniu wynagrodzeń przekraczających minimalne stawki określone na podstawie art. 2 ust. 3-5 Ustawy z dnia 10 października 2002 o minimalnym wynagrodzeniu za pracę oraz Rozporządzenia Rady Ministrów z dnia 10 września 2019 w sprawie wynagrodzenia za pracę w 2020 roku”.

Do powyższych wyjaśnień Przystępujący załączył w charakterze dowodów referencje i protokoły końcowe robót mające potwierdzać należyłą realizację zadań na rzecz innych Zamawiających (dokumenty dotyczące punktu 9 przytoczonych wyżej wyjaśnień). W pozostałym zakresie objętym wyjaśnieniami Przystępujący nie złożył żadnych dowodów. Integralną częścią wyjaśnień były tabelaryczne kalkulacje dotyczące realizacji przedmiotu zamówienia w odniesieniu do poszczególnych obiektów. W kalkulacjach tych Przystępujący wskazał m. in., że zakłada wynagrodzenie pracowników na poziomie 30 zł/netto za godzinę.

Powyższe wyjaśnienia zostały zaakceptowane przez Zamawiającego wskutek czego Przystępujący został zaproszony do udziału w aukcji elektronicznej.

W ocenie Izby powyższa czynność Zamawiającego nie była prawidłowa. Zgodnie z art. 90 ust. 2 Pzp obowiązek wykazania, że oferta nie zawiera rażąco niskiej ceny lub kosztu spoczywa na wykonawcy. W sytuacji, gdy Zamawiający wezwał Przystępującego do wyjaśnienia ceny jego oferty obowiązkiem Przystępującego było zatem wykazanie, że za tą cenę będzie on zdolny należycie zrealizować przedmiot zamówienia. Podkreślenia wymaga przy tym fakt, że Zamawiający nie ograniczył się do lakonicznego wezwania do wyjaśnień, skierowanego do wykonawcy wyłącznie w celu formalnej realizacji obowiązku Zamawiającego wynikającego z art. 90 ust. 1a Pzp. Zamawiający wprost wskazał, że cena oferty Przystępującego budzi uzasadnione wątpliwości, co do możliwości wykonania przedmiotu zamówienia zgodnie z wymaganiami określonymi. Zamawiający określił ponadto jakie elementy Przystępujący powinien wyjaśnić w sposób szczególnie staranny.

W odpowiedzi na wezwanie Przystępujący wskazał m.in. na następujące okoliczności, które pozwoliły mu na skalkulowanie ceny na odpowiednio niskim poziomie:

1. przyjęcie maksymalnej mechanizacji prac przy wykorzystaniu maszyn będących własnością Przystępującego,
2. niski koszt zakupu paliwa do maszyn („po cenach znacznie niższych, niedostępnych dla odbiorców detalicznych”),
3. korzystne stawki za transport i utylizację odpadów porzbiórkowych zaoferowane Przystępującemu przez podmioty trzecie,
4. ramowe umowy odbioru odpadów rozbiórkowych zawarte przez Przystępującego z renomowanymi, uprawnionymi odbiorcami.

Na potwierdzenie powyższych okoliczności, które mogły mieć faktyczny wpływ na wysokość zaoferowanej Zamawiającemu ceny oferty Przystępujący nie złożył żadnego dowodu. Prawdziwość tych okoliczności nie wynikała również w żaden sposób z załączonych do wyjaśnień kalkulacji. Przystępujący nie wyjaśnił również w jaki sposób ww. okoliczności wpłynęły na obniżenie ceny oferty.

W konsekwencji powyższych ustaleń Izba uznała, że wyjaśnienia złożone przez Przystępującego były nieadekwatne do treści wezwania z 26 czerwca 2021 r. Co za tym idzie wypełniona została przesłanka określona w art. 90 ust. 3 Pzp, który stanowi, że 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. Wobec ukształtowanej orzecznictwem zasady jednokrotnego wzywania wykonawców do wyjaśnień ceny oferty złożenie niekompletnych i nieudowodnionych wyjaśnień ceny uznać należy za tożsame z nieudzieleniem wyjaśnień w rozumieniu art. 90 ust. 3 Pzp. Z tego względu obowiązkiem Zamawiającego było odrzucenie oferty Przystępującego.

Cena rażąco niska nie jest ceną o obiektywnej wartości w stosunku do przedmiotu zamówienia. Ma ona charakter subiektywny, powiązany z wykonawcą i jego indywidualnymi zdolnościami do realizacji zadania za określoną cenę. Oznacza to, że dla każdego wykonawcy z osobna zamawiający mają obowiązek oceniać, czy możliwa będzie realizacja przedmiotu zamówienia za zaoferowaną cenę. Dlatego też Zamawiający nie mógł zlekceważyć faktu, że Przystępujący nie złożył dowodów na poparcie swoich twierdzeń wyrażonych w wyjaśnieniach. Zamawiający nie mógł mieć bowiem żadnej pewności, że ten konkretny wykonawca, za zaoferowaną cenę należycie wykona przedmiot zamówienia.

Rozpoznając odwołanie Izba przeprowadziła dowody z dokumentacji postępowania, a w szczególności z następujących dokumentów:

1. SIWZ,
2. ofert wykonawców złożonych w postępowaniu wraz z ich zestawieniem,
3. wezwania do wyjaśnień ceny oferty skierowanego przez Zamawiającego do Przystępującego 26 czerwca 2021 r.
4. wyjaśnień Przystępującego z 29 czerwca 2021 r.

Izba uznała za nieprzydatne dla rozstrzygnięcia złożone przez Odwołującego dowody w postaci ofert złożonych przez podmioty trzecie Odwołującemu. W ocenie Izby fakt, że Odwołujący uzyskał oferty na realizację poszczególnych robót czy usług nie przesądza, że innemu wykonawcy zostałyby zaoferowane choćby podobne ceny za analogiczne zadania.

O kosztach postępowania odwoławczego orzeczono stosownie do jego wyniku na podstawie art. 557 i 575 ustawy Prawo zamówień publicznych z 2019 r. oraz § 5 pkt 1 i 2 lit. b) w zw. z § 8 ust. 2 pkt 1 Rozporządzenia Prezesa Rady Ministrów w sprawie szczegółowych rodzajów kosztów postępowania odwoławczego, ich rozliczania oraz wysokości i sposobu pobierania wpisu od odwołania z 30 grudnia 2020 r. (Dz. U. z 2020 r. poz. 2437).

.....