

WYROK
z dnia 29 czerwca 2021 r.

Krajowa Izba Odwoławcza - w składzie:

Przewodnicząca: Magdalena Grabarczyk
Protokolant: Klaudia Kwadrans

po rozpoznaniu na rozprawie w dniu 25 czerwca 2021 r. w Warszawie odwołania wniesionego do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej w dniu 10 maja 2021 r. przez wykonawcę FOXMET Sp. z o.o. w Czerwionce-Leszczynach w postępowaniu prowadzonym przez zamawiającego Spółkę Restrukturyzacji Kopalń S.A. w Bytomiu

przy udziale wykonawcy DOMINEX Sp. z o.o. w Świetochłowicach oraz wykonawcy ENERGOKUN-Plus Sp. z o.o. w Sosnowcu zgłaszających swoje przystąpienia do postępowania odwoławczego po stronie zamawiającego

orzeka:

1. oddala odwołanie;
2. kosztami postępowania obciąża FOXMET Sp. z o.o. w Czerwionce-Leszczynach i:
 - 2.1. zalicza w poczet kosztów postępowania odwoławczego kwotę 10.000 zł 00 gr (słownie: dziesięć tysięcy złotych zero groszy) uiszczoną przez FOXMET Sp. z o.o. w Czerwionce-Leszczynach tytułem wpisu od odwołania;
 - 2.2. zasądza od FOXMET Sp. z o.o. w Czerwionce-Leszczynach na rzecz Spółki Restrukturyzacji Kopalń S.A. w Bytomiu kwotę 3.600 zł 00 gr (słownie: trzy tysiące sześćset złotych zero groszy) stanowiącą uzasadnione koszty strony postępowania odwoławczego poniesione z tytułu wynagrodzenia pełnomocnika.

Stosownie do art. 579 ust. 1 i 580 ust. 1 i 2 ustawy z dnia 11 września 2019 r. – Prawo zamówień publicznych (Dz. U. z 2019 r. poz. 2019 ze zm.) w związku z art. 92 ust. 2 ustawy z dnia 11 września 2019 r. - Przepisy wprowadzające ustawę - Prawo zamówień publicznych (Dz.U. 2019 poz. 2020) na niniejszy wyrok – w terminie 14 dni od dnia jego doręczenia – przysługuje skarga za pośrednictwem Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej do Sądu Okręgowego w Warszawie.

Przewodnicząca:

Uzasadnienie

Zamawiający – Spółka Restrukturyzacji Kopalń S.A. w Bytomiu – prowadzi na podstawie przepisów ustawy z 29 stycznia 2019 roku - Prawo zamówień publicznych (Dz. U. z 2019 r. poz. 1843 ze zm.), dalej jako: „ustawa” lub „Pzp”, 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”. Ogłoszenie o zamówieniu opublikowane zostało w Biuletynie Zamówień Publicznych z 7 września 2020 r. pod numerem 581931-N-2020. Wartość zamówienia jest mniejsza niż progi unijne wskazane w art. 3 ust. 1 Pzp.

10 maja 2021 r. wykonawca FOXMET Sp. z o.o. w Czerwionce-Leszczynach wniósł odwołanie w zakresie Części III zamówienia. Zachowany został termin ustawowy i obowiązek przekazania zamawiającemu kopii odwołania.

Odwołujący wskazał, że środek ochrony prawnej wnosi wobec:

1. zaniechania odrzucenia oferty Developer i Recykling Sp. z o. o .w Zabrze (dalej jako: „Developer i Recykling”) jako zawierającej rażąco niską cenę z przyczyn wskazanych w uzasadnieniu odwołania;
2. zaniechania odrzucenia oferty L. W. wykonującego działalność gospodarczą pod firmą P.H.U. „Complex” L. W., ul. Owocowa 1, 44-240 Żory (dalej jako: „P.H.U. Complex”) jako zawierającej rażąco niską cenę z przyczyn wskazanych w uzasadnieniu odwołania oraz z powodu zaniechania przedłużenia terminu związania ofertą;
3. ponownego zwrócenia się do wykonawcy Developer i Recykling pismem z 20 lutego 2021 r. z wezwaniem do uszczegółowienia i skonkretyzowania ogólnikowych twierdzeń udzielonych wcześniej na wezwanie z 28 września 2020 r. oraz na wezwanie z 27 października 2020 r. oraz złożenia dowodów, w sytuacji gdy poprzednio ww. wykonawca nie podał informacji żądanych przez zamawiającego;
4. dokonania wyboru oferty Developer i Recykling jako oferty najkorzystniejszej;
Zarzucił zamawiającemu naruszenie:
 1. art. 89 ust. 1 pkt 4) w zw. z art. 90 ust. 2 i 3 Pzp przez zaniechanie odrzucenia ofert: Developer i Recykling oraz P.H.U. Complex jako ofert zawierających rażąco niską cenę, podczas gdy treść udzielonych przez wykonawców wyjaśnień potwierdza, że oferty zawierają rażąco niską cenę;
 2. art. 90 ust. 1 w zw. z art. 7 ust. 1 i 3 Pzp przez ponowne zwrócenie się do wykonawcy Developer i Recykling pismem z 20 lutego 2021 r. z wezwaniem do złożenia dalszych wyjaśnień dotyczących sposobu kalkulacji ceny oferty oraz dowodów, w sytuacji gdy treść uprzednio udzielonych ogólnikowych i gołosłownych wyjaśnień nie obejmowała informacji

wymaganych przez zamawiającego oraz stosownych dowodów, a w konsekwencji nie potwierdziła braku rażąco niskiej ceny w ofercie ww. wykonawcy;

3. art. 89 ust. 1 pkt 7a Pzp oraz art. 89 ust. 1 pkt 8 Pzp w zw. z art. 66 § 2 k.c. przez zaniechanie odrzucenia oferty wykonawcy P.H.U. Complex, pomimo upływu terminu związania ofertą 24 kwietnia 2021 r. oraz braku przedłużenia terminu związania ofertą oraz wygaśnięcia wadium 24 kwietnia 2021 r.
4. art. 91 ust. 1 Pzp 2004 przez dokonanie wyboru ofert wykonawcy Developer i Recykling jako ofert najkorzystniejszej zamówienia, podczas gdy oferta wykonawcy podlega odrzuceniu z powodu rażąco niskiej ceny.

Odwołujący wniósł o nakazanie zamawiającemu:

1. unieważnienia czynności wyboru oferty najkorzystniejszej;
2. dokonania odrzucenia oferty wykonawcy Developer i Recykling;
3. dokonania odrzucenia oferty wykonawcy P.H.U. Complex;
4. powtórzenia czynności oceny ofert i wyboru oferty najkorzystniejszej.

Wykonawca DOMINEX Sp. z o.o. w Świetochłowicach oraz wykonawca ENERGOKUN-Plus Sp. z o.o. w Sosnowcu zgłosili swoje przystąpienia do postępowania odwoławczego po stronie odwołującego zachowując termin ustawy i obowiązek przekazania stronom kopii przystąpienia. Przystępujący wnieśli o uwzględnienie odwołania.

Zamawiający w pisemnej odpowiedzi na odwołanie wniósł o odrzucenie albo o oddalenie odwołania.

Izba ustaliła, że odwołanie – za wyjątkiem zarzutu dotyczącego zaniechania odrzucenia oferty P.H.U. Complex z powodu rażąco niskiej ceny - nie podlega odrzuceniu i przeprowadziła rozprawę, podczas której strony podtrzymały dotychczasowe stanowiska. Przystępujący prawidłowo powiadomieni o terminie wyznaczonym przez Prezesa Izby nie stawili się na posiedzenie i rozprawę.

Izba ustaliła i zważyła, co następuje:

Zgodnie z art. 90 ust. 1 ustawy z dnia 11 września 2019 r. - Przepisy wprowadzające ustawę - Prawo zamówień publicznych (Dz. U. z 2019 poz. 2020 ze zm.) do postępowań o udzielenie zamówienia wszczętych i niezakończonych przed dniem 1 stycznia 2021 r. stosuje się przepisy dotychczasowe. Natomiast stosownie do art. 92 ust. 2 powołanej ustawy do postępowań odwoławczych oraz postępowań toczących się wskutek wniesienia skargi do sądu wszczętych po dniu 31 grudnia 2020 r., dotyczących postępowań o udzielenie zamówienia wszczętych przed dniem 1 stycznia 2021 r., stosuje się przepisy ustawy z dnia 11 września 2019 r. - Prawo zamówień publicznych (Dz. U. z 2019 r. poz. 2019 ze zm.). W związku z tym Izba rozpoznała odwołanie stosując w zakresie procedury odwoławczej przepisy ustawy z dnia 11 września 2019 r. - Prawo zamówień publicznych (Dz. U. z 2019 r. poz. 2019 ze zm.) dalej jako: „nPzp”, natomiast do oceny zarzutów odwołania przepisy ustawy z dnia 29 stycznia 2004 r. - Prawo zamówień publicznych

(Dz. U. z 2019 r. poz. 1843 ze zm.).

Izba nie podzieliła wniosku zamawiającego o odrzucenie odwołania na podstawie art. 528 ust. 1 nPzp. Izba zważyła, że odrzucenie odwołania z powodu braku zastosowania przepisów ustawy byłoby uzasadnione w sytuacji, gdyby badane postępowanie dotyczyło zamówienia sektorowego. Wówczas wartość zamówienia niższa niż tzw. progi unijne oznaczałyby, że zamawiający nie jest zobowiązany do stosowania przepisów ustawy. O zakresie działalności sektorowej w zakresie wydobycia paliw stanowi art. 5 ust. 4 pkt 7 nPzp. Stanowi on, że działalnością sektorową jest działalność polegająca na wydobyciu ropy naftowej lub gazu ich naturalnych pochodnych oraz poszukiwaniu lub wydobyciu węgla brunatnego, węgla kamiennego lub innych paliw stałych. Przedmiot badanego postępowania obejmuje natomiast likwidację obiektów powierzchniowych SRK S.A. w Bytomiu Oddział w Katowicach KWK „Boże Dary – Mysłowice – Wesola I” Ruch KWK „Mysłowice – Wesola I”, który stanowi klasyczne zamówienie na roboty budowlane i nie mieści się w zakresie przedmiotowym działalności sektorowej wyznaczonym brzmieniem przepisu.

Wniosek o odrzucenie odwołania na podstawie art. 528 ust. 3 nPzp został uwzględniony wyłącznie wobec zaniechania odrzucenia oferty P.H.U. Complex. Okoliczności faktyczne uzasadniające wniesienie odwołania były lub co najmniej powinny być znane odwołującemu, który 24 listopada 2020 r. wniósł odwołanie w zakresie części I, III, IV oraz V zamówienia. Postępowanie odwoławcze zakończyło się wyrokiem z 23 grudnia 2020 r. wydanym w sprawie o sygn. akt KIO 3095/20. Krajowa Izba Odwoławcza uwzględniła odwołanie Spółki Foxmet Sp. z o.o. i nakazała zamawiającemu unieważnienie czynności wyboru najkorzystniejszej oferty w zakresie I, III, IV i V postępowania o udzielenie zamówienia publicznego, powtórzenia czynności badania i oceny ofert, w tym odrzucenie ofert w tych częściach, w tym odrzucenie ofert wykonawcy Tree Capital Sp. z o.o. w części I i III, odrzucenie oferty wykonawcy Developer i Recykling Sp. z o.o. w części IV. Po dniu wydania tego orzeczenia zamawiający nie dokonywał już kolejnych czynności związanych z badaniem ceny oferty P.H.U. Complex, zatem odwołanie w tym zakresie należy uznać za spóźnione. Zamawiający natomiast badał ofertę złożoną przez Developer i Recykling, żądał kolejnych wyjaśnień, a skarżonej czynności wyboru oferty złożonej przez tego wykonawcę dokonał po uzyskaniu i ocenie tych wyjaśnień. Czynność wyboru najkorzystniejszej oferty jest zatem nową czynnością dokonaną w postępowaniu na podstawie innych okoliczności, niż istniejące 24 listopada 2020 r., czyli w dniu, w którym odwołujący wniósł poprzednie odwołanie. W tym stanie rzeczy Izba uznała, że odwołanie kwestionujące ten wybór oraz zarzucające bezpodstawność zwracania się o kolejne wyjaśnienia ceny oferty Developer i Recykling zostało wniesione w terminie i nie jest odwołaniem spóźnionym.

Odwołujący jest uprawniony do wniesienia odwołania zgodnie z art. 505 ust. 1 nPzp. Jest wykonawcą, który złożył ofertę i ma interes w uzyskaniu danego zamówienia. Zarzucane zamawiającemu naruszenia przepisów powodują, że odwołujący, może ponieść szkodę w postaci

utrąty możliwości uznania jego oferty za najkorzystniejszą. Przesłanki wymagane ustawą zostały więc spełnione.

Odwolanie nie zasługuje na uwzględnienie.

Zarzuty naruszenia przez zamawiającego art. 89 ust. 1 pkt 4) w zw. z art. 90 ust. 2 i 3 Pzp oraz art. 90 ust. 1 w zw. z art. 7 ust. 1 i 3 Pzp przez zaniechanie odrzucenia ofert: Developer i Recykling i ponowne wezwanie tego wykonawcy do wyjaśnień nie znalazły potwierdzenia.

Jako okoliczności faktyczne istotne dla rozstrzygnięcia Izba uznała w pierwszej kolejności, że zamawiający przeznaczył na sfinansowanie zamówienia w zakresie Części III: 360 800,00 zł brutto. O zamówienie w tej części ubiegało się 16 wykonawców, którzy w ofertach podali ceny od 148.830 zł (Tree Capital Sp. z o.o. w Łubnej) do 213.442.706, 14 gr (FIRMA ZK S.C. K.Ż. w Okrężnej). Developer i Recykling złożył ofertę z ceną 362.850 zł, która była niższa o 30 % od średniej arytmetycznej cen wszystkich złożonych ofert.

Pismem z 28 września 2020 r. zamawiający wezwał tego wykonawcę do wyjaśnień dotyczących ceny jego oferty. Powołując się na art. 90 ust. 1 Pzp zamawiający zwrócił się o udzielenie wyjaśnień, w tym złożenie dowodów, dotyczących elementów oferty mających wpływ na wysokość ceny. 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, obowiązującym w miejscu, w którym realizowane jest zamówienie,
- wynikających z przepisów prawa ochrony środowiska, głównie dotyczących gospodarką odpadami, powierzenia wykonania części zamówienia podwykonawcy.

Zamawiający podkreślił, że 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 2002r. o minimalnym wynagrodzeniu za pracę. Zgodnie z Rozporządzeniem Rady Ministrów z dnia 10 września 2019 r. w sprawie wysokości minimalnego wynagrodzenia za pracę oraz wysokości minimalnej stawki godzinowej w 2020 r., od 01.01.2020 r. minimalne wynagrodzenia za pracę ustalone zostało w wysokości 2 600,00 zł. Minimalną stawkę godzinową ustalono w wysokości 17,00 zł. Z zaprezentowanej w wyjaśnieniach przez Wykonawcę szczegółowej kalkulacji oferty musi wynikać jednoznacznie i bezdyskusyjnie, że miesięczne koszty pracy przypadające na każdą z osób zatrudnionych przy wykonywaniu zamówienia nie są niższe od minimalnego wynagrodzenia za pracę albo minimalnej stawki godzinowej. Ponadto w kalkulacji należy uwzględnić koszt pracodawcy wynikający z ustawy o systemie ubezpieczeń społecznych.

W odpowiedzi Developer i Recykling wskazał w pierwszej kolejności, że:

1. posiada bogate doświadczenie w dziedzinie likwidacji wszelkiego rodzaju obiektów budowlanych w tym obiektów będących przedmiotem postępowania przetargowego na dowód czego posiadamy stosowne referencje;
2. doświadczenie nabyte m. in. przy tych robotach pozwoliło na precyzyjne oszacowanie kosztów prac objętych tym postępowaniem uwzględniając obecnie obowiązujące stawki za pracę sprzętu, robociznę, koszty materiału i utylizację odpadów;
3. rozbiórka obiektów będzie prowadzona przez wyspecjalizowanych w tym zakresie pracowników, wspomaganych specjalistycznym sprzętem;
4. maksymalne skrócenie terminu realizacji robót, a co z tym idzie obniżenie kosztów będzie możliwe dzięki zastosowanej technologii;
5. wybrane rozwiązanie technologiczne, które będzie zastosowane w pracach rozbiórkowych polega na wtórnym wykorzystaniu materiału pochodzącego z rozbiórki w postaci cegły budowlanej, przekruszonego gruzu betonowego oraz innych materiałów, które można poddać procesowi odzysku (recyklingu);
6. teren, na którym będą prowadzone prace likwidacyjne znajduje się w bliskim sąsiedztwie siedziby naszej firmy stąd nie zachodzi konieczność budowy zaplecza, jak również ograniczone zostają koszty związane z transportem potrzebnych narzędzi, sprzętu i materiałów.

W odniesieniu do części III zamówienia Developer i Recykling przedstawił następujące elementy kosztotwórcze i ich wycenę:

- a) roboty przygotowawcze: 20.000,00 zł +VAT;
- b) kompleksowa rozbiórka obiektu wraz z infrastrukturą metodą mechaniczną specjalistycznym sprzętem wyburzeniowym wspomaganą rozbiórką ręczną:
 - Praca sprzętu koparka wyburzeniowa: 250zł x 300 godz. = 75 000,00 zł +VAT
 - Praca ludzi za kwotę: 25 zł netto x 1000 godzin = 25 000,00 zł +VAT;
- c) wywóz i utylizacja gruzu oraz pozostałych odpadów za kwotę: 65.000,00 zł +VAT;
- d) wywóz i utylizacja papy, tworzyw sztucznych i azbestu za kwotę: 50 000,00 zł +VAT

- e) transport złomu w miejsce wskazane przez zamawiającego za kwotę: 20 000,00 zł +VAT
- f) niwelacja i rozścielenie piasku za kwotę: 10 000,00 zł +VAT
- g) roboty porządkowe za kwotę: 20 000,00 zł +VAT
- h) operat geodezyjny powykonawczy 10 000,00 zł +VAT

Łącznie netto: 295 000,00 zł

Wykonawca wyjaśnił, że w kosztach ujęto pracę sprzętu i 6 pracowników przy stawce 25 zł netto za godzinę oraz zawarto koszty pośrednie na poziomie 65% oraz zysk 20%. Oświadczył również że: nie będzie korzystać z pomocy publicznej udzielonej na podstawie odrębnych przepisów, nie powierzy wykonania części zamówienia podwykonawcy i wykona roboty zgodnie z przepisami prawa ochrony środowiska. Oświadczył ponadto, że podczas ustalania ceny wziął pod uwagę wszystkie czynniki, które składają się na jego koszty z zachowaniem obowiązujących przepisów prawa dotyczących między innymi minimalnego wynagrodzenia za pracę oraz aspektów związanych z ochroną środowiska, a także zawarł w cenie zysk, jednocześnie deklarując, iż jest w stanie za tę cenę wykonać zamówienie.

Zamawiający przyjął te wyjaśnienia i zaprosił Developer i Recykling do udziału w aukcji elektronicznej. Wykonawca w czasie aukcji obniżył cenę do kwoty 104.550,00 zł brutto, w związku z czym zamawiający pismem z 26 października 2020 r. wezwał do złożenia wyjaśnień. Treść wezwania powieliła treść pisma z 28 września 2020 r.

W odpowiedzi Developer i Recykling wskazał te same czynniki, które podał w części wstępnej poprzednich wyjaśnień oraz przedstawił następujące grupy elementów kosztotwórczych:

- a) roboty przygotowawcze: 1.500,00 zł +VAT;
- b) kompleksowa rozbiórka obiektu wraz z infrastrukturą metodą mechaniczną specjalistycznym sprzętem wyburzeniowym wspomagana rozbiórką ręczną:
 - 1) praca sprzętu - koparka wyburzeniowa: 200zł x 130 godz. = 26.000,00 zł +VAT;
 - 2) praca ludzi za kwotę: 20 zł netto x 400 godzin = 8.000,00 zł +VAT;
- c) wywóz i utylizacja gruzu oraz pozostałych odpadów za kwotę: 15.000,00 zł +VAT;
- d) wywóz i utylizacja papy, tworzyw sztucznych i azbestu za kwotę: 20.000,00 zł +VAT;
- e) transport złomu w miejsce wskazane przez zamawiającego za kwotę: 1 000,00 zł +VAT
- f) niwelacja i rozścielenie piasku za kwotę: 10.000,00 zł +VAT
- g) roboty porządkowe za kwotę: 2 000,00 zł +VAT
- h) operat geodezyjny powykonawczy 1 500,00 zł +VAT

Łącznie brutto: 104.550,00 zł

Wykonawca wyjaśnił, że 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%. Złożył również oferty na wywóz odpadów i usługi geodezyjne firm: PreZero Recycling Południe Sp. z o.o., Firma 2K S.C. K.Ż., G.Ż. BM Recykling Sp. z o.o. oraz Usługi Geodezyjno-Kartograficzne R. P.. Oświadczył, że w kalkulacji kosztów zastosowano ceny jednostkowe zgodnie z przedstawionymi ofertami na utylizację odpadów i prace geodezyjne oraz przedstawiono ceny jednostkowe pracy sprzętu

będącego jego własnością. Oświadczył również że: nie będzie korzystać z pomocy publicznej udzielonej na podstawie odrębnych przepisów, nie powierzy wykonania części zamówienia podwykonawcy i wykona roboty zgodnie z przepisami prawa ochrony środowiska. Oświadczył ponadto, że podczas ustalania ceny wziął pod uwagę wszystkie czynniki, które składają się na jego koszty z zachowaniem obowiązujących przepisów prawa dotyczących między innymi minimalnego wynagrodzenia za pracę oraz aspektów związanych z ochroną środowiska, a także zawarł w cenie zysk, jednocześnie deklarując, iż jest w stanie za tę cenę wykonać zamówienie.

Ponawiając czynność badania i oceny ofert zamawiający pismem z 20 lutego 2021 r. ponownie zwrócił się do Developer i Recykling o wyjaśnienia dotyczące ceny ofert z powołaniem się na art. 90 ust. 1 Pzp. Zamawiający wskazał, że cena podana w aukcji elektronicznej budzi uzasadnione wątpliwości, co do możliwości wykonania przedmiotu zamówienia zgodnie z określonymi wymaganiami, jest niższa o 30% od średniej arytmetycznej cen wszystkich złożonych ofert wynoszącej oraz jest niższa o 30% w stosunku do wartości szacunkowej. Zamawiający celem uzupełnienia wcześniej przesłanych wyjaśnień zwrócił się o uszczegółowienie, w tym złożenie dowodów, dotyczących elementów oferty mających wpływ na wysokość ceny.

Zamawiający wskazał, że:

- podane ceny jednostkowe mth (200 zł) planowanej do użycia koparki wyburzeniowej należy poprzeć dowodami dotyczącymi kosztów paliwa, norm zużycia oraz kosztów eksploatacji;

- w temacie robót przygotowawczych za kwotę 1.500,00 zł +VAT - należy podać kalkulację i składowe robót przygotowawczych wraz z dowodami;

- w temacie wyjątkowo sprzyjających warunków zamówienia należy przedstawić dowody na posiadanie lub dysponowanie wysoko kwalifikowanych pracowników tj. kierownika budowy, pracowników ogólnobudowlanych, operatorów sprzętu z podaniem ich specjalizacji np. poprzez okazanie stosownych świadectw oraz przedstawienia dowodów na zrealizowanie robót rozbiórkowych;

- należy przedstawić dowody zawierające składniki cenotwórcze roboczodniówki na podstawie których zamawiający będzie w stanie jasno określić, co wchodzi w skład kwoty przeznaczonej na roboczodniówkę dla jednego pracownika i na podstawie tego będzie miał możliwość oceny, czy koszt pracy nie jest niższy od minimalnego wynagrodzenia za pracę albo minimalnej stawki godzinowej. Dowody przedstawić dla każdej osoby wyszczególnionej w pkt 5.31 a SIWZ oraz dla pracowników na stanowiskach robotniczych. Może to być kopia umowy o pracę, umowy cywilnoprawnej lub na świadczenie usług;

- należy uwzględnić koszty stałego nadzoru nad pracami przez cały okres trwania umowy przez osoby z odpowiednimi uprawnieniami, udokumentować je w postaci np. oferty świadczenia usługi kierownika budowy;

- w oparciu o przedstawione oferty odbioru odpadów należy przedstawić kalkulację wywozu i utylizacji gruzu, oraz pozostałych odpadów;

- w oparciu o przedstawione oferty odbioru odpadów należy przedstawić kalkulację wywozu i

utylizacji papy, tworzyw sztucznych i azbestu;

- w oparciu o przedstawioną ofertę dostarczenia piasku należy przedstawić kalkulację niwelacji i rozścielenia piasku;

- należy przedstawić koszty zabezpieczenia - ochrony pozyskanego z rozbiórki złomu stalowego do czasu przekazania go zamawiającemu protokołem zdawczo - odbiorczym wraz z dowodami.

- należy przedstawić kalkulację kosztów robót porządkowych określonych kwotą 2 000 zł + VAT wraz z dowodami.

Developer i Recykling udzielił odpowiedzi. Wskazał w niej na:

„1. Oszczędność metody wykonania zamówienia.

Potwierdzamy posiadanie własnego specjalistycznego sprzętu w postaci koparek wyposażonych w osprzęt wyburzeniowy na dowód czego załączamy „Skrócony wykaz środków trwałych” stanowiący załącznik nr 1 do niniejszego pisma.

2. Cena jednostkowa pracy koparki 200 zł/h +VAT uwzględnia:

- koszty paliwa w wysokości 3,15 zł/l, co daje przy spalaniu maksymalnym 25l/godzinne kwotę: 78,75 zł +VAT (potwierdzenie kosztów paliwa stanów załącznik nr 2 do niniejszego pisma)

- koszty eksploatacji w wysokości 20% stawki godzinowej (200zł/h), co daje wartość 40,00 zł +VAT

- koszty pośrednie i zysk 81,25 zł +VAT, co daje przy złożonych 130 godzinach pracy koparki kwotę 10 562,50 zł +VAT

3. Roboty przygotowawcze za kwotę 1 500,00 zł +VAT uwzględniają:

- wygrodzenie i zabezpieczenie terenu (własnym ogrodzeniem) w kwocie 300,00 zł +VAT (2 osobyx4 godzinyx20 zł/godz. = 160,00 zł +VAT oraz koszt transportu 140 zł +VAT) (potwierdzenie załącznik nr 3 do pisma)

- transport koparki w kwocie 1 000,00 zł +VAT (potwierdzenie załącznik nr 4 do pisma)

- koszty pośrednie i zysk 200,00 zł +VAT

4. Wyjątkowo sprzyjające warunki zamówienia

W załączeniu przekazujemy dowody posiadania przez naszych pracowników uprawnień - załącznik nr 5. Wszyscy pracownicy, których uprawnienia przekazujemy, są zatrudnieni w naszej Firmie na umowę o pracę. Jednocześnie przekazujemy przykładowe referencje potwierdzające zrealizowanie tego typu robót, (złącznik nr 6 do pisma)

5. Kalkulacja wywozu i utylizacji gruzu oraz pozostałych odpadów

- wywóz i utylizacja gruzu ceglano-betonowego : $37,45 \text{ m}^3 + 39,979 \text{ m}^3 + 174,336 \text{ m}^3 + 92,493 + 87,654 = 431,912 \text{ m}^3 \times 30,00 \text{ zł/m}^3 = 12 957,36 \text{ zł} + \text{VAT}$

- koszty pośrednie i zysk 2 042,64 zł +VAT Łącznie ten zakres; 15 000,00 zł +VAT

6. Kalkulacja wywozu i utylizacji papy, azbestu oraz tworzyw sztucznych

- utylizacja papy; $3,5961 \times 429,00 \text{ zł/t} = 1542,68 \text{ zł} + \text{VAT}$

- transport papy: 1 kurs auta 500 zł +VAT

- utylizacja azbestu $115,2 \text{ m}^2 \times 15 \text{ kg/m}^2 = 1\,728 \text{ kg} = 1,728 \text{ tony} \times 300,00 \text{ zł/t} = 518,4 \text{ zł} + \text{VAT}$
- transport azbestu : 1 kurs auta 500 zł +VAT
- utylizacja płyt z tworzywa sztucznego $115,2 \text{ m}^2 \times 5 \text{ kg/m}^2 = 576,00 \text{ kg} = 0,576 \text{ tony} \times 528,00 \text{ zł} + \text{VAT} - 304,13 + \text{VAT}$

- transport płyt z tworzywa sztucznego: 1 kurs auta 500 zł +VAT

- koszty pośrednie i zysk 16 134,79 +VAT Łącznie ten zakres 20 000,00 zł +VAT

7. Kalkulacja niwelacji i rozścielenia piasku

- dowóz materiału $93,00 \text{ m}^3 + 40,00 \text{ m}^3 + 50,00 \text{ m}^3 + 62,00 \text{ m}^3 = 245,00 \text{ m}^3 \times 36 \text{ zł/m}^3 = 8\,820,00 \text{ zł} + \text{VAT}$

- niwelacja i rozścielenie: $245,00 \text{ m}^3$ za kwotę 1180,00 zł +VAT (praca koparki 5 godzin \times 200,00 zł/h + 1 pracownik 9 h \times 20,00 zł/h = 180 zł +VAT)

Łącznie ten zakres 10 000,00 zł +VAT

8. Roboty porządkowe za kwotę 2 000,00 zł +VAT uwzględniają:

- likwidacja ogrodzenia i zabezpieczeń 300,00 +VAT (2 osoby \times 4 godziny \times 20 zł/godz. = 160,00 zł +VAT oraz koszt transportu 140 zł +VAT) (potwierdzenie załącznik nr 3 do pisma)

- odwóz koparki 1 000 zł +VAT (potwierdzenie załącznik nr 4 do pisma)

- koszty pośrednie i zysk 700,00 zł +VAT

9. Robocznikówka pracownika na stanowisku roboczym zawiera wynagrodzenie pracownika w kwocie 20 zł brutto za godzinę pracy w skład którego wchodzi:

- wynagrodzenie bezpośrednio pracownika (kwota netto do wypłaty)

- koszty ponoszone przez pracownika: składka na ubezpieczenie społeczne, zdrowotne oraz zaliczka na podatek dochodowy

- koszty ponoszone przez pracodawcę: składka na ubezpieczenie społeczne, składka na Fundusz Pracy i FGŚP

Powyższa stawka została przyjęta z uwzględnieniem wysokości minimalnego wynagrodzenia za pracę w 2020 r. - 2600zł oraz średniomiesięcznej liczby godzin w 2020 r. - 169 h.

W załączeniu przykładowe obliczenie minimalnego wynagrodzenia za okres 2020 r., obrazujące szczegółowo wysokość obciążeń składkowo podatkowych, z którego wynika, że całkowity koszt pracodawcy za 1 godzinę pracy pracownika przy założeniu średniomiesięcznej liczby godzin w roku 2020 równej 169 h Wynosi 18,54 zł i jest mniejszy od założonego przez nas w ofercie,(załącznik nr 7)

Odnośnie osób wyszczególnionych w pkt. 5.31 a dla części III wymagana jest tylko osoba Kierownika Budowy, osobą tą może być jedna z trzech osób, których uprawnienia stanowią załącznik nr 6 tj. Pan J. M., R. P., S. A., którzy są na stałe pracownikami naszej Firmy, a których wynagrodzenie nie przekracza 6.000 zł brutto za miesiąc pracy (założony przez nas okres realizacji zadania to 10 dni, więc wartość ta proporcjonalnie będzie mniejsza).

Firma nie przedstawi dowodu w postaci kopii umów o prace, ponieważ zawarte są w nich dane wrażliwe (imię., nazwisko, adres, PESEL, wartość wynagrodzenia) ujęte w RODO. Zawarta w

SIWZ klauzula RODO dotyczy oferenta, jednak nie pracowników oferenta.

10. Odnośnie kosztów stałego nadzoru to zgodnie z powyższym, nadzór sprawować będzie kierownik budowy, a jego wynagrodzenie zawiera się w kosztach pośrednich koszt ten wynosi 2 000 zł+VAT za okres 10 dni

11. Odnośnie kosztów ochrony została ona również zawarta w kosztach pośrednich a wartość tego zakresu wynosi 10 dni x 16 godz. x 22 zł/h =3 520,00 zł (potwierdzenie załącznik nr 8)

12. Zgodnie z wyjaśnieniami z dnia 29.10.2020 r. założone przez nas koszty pośrednie to ok. 40% oraz zysk ok.10% co potwierdzają powyższe wyliczenia: łącznie koszty pośrednie i zysk wynoszą (wartości z pkt 2, 3, 5, 6 i 8 niniejszego pisma) 10 562,50 zł +200,00 zł +2 042,64 zł +16 134,79 +700,00 zł = 29 639,93 +VAT

Wartości te w zupełności pokrywają koszty nadzoru czy też ochrony oraz inne ewentualne nieprzewidziane koszty oraz zapewniają zysk Firmie.

Oświadczamy, że podczas ustalania ceny wzięliśmy pod uwagę wszystkie czynniki, które składają się na jego koszty z zachowaniem obowiązujących przepisów prawa dotyczących między innymi minimalnego wynagrodzenia za pracę oraz aspektów związanych z ochroną środowiska, a także zawarliśmy w cenie zysk, jednocześnie deklarując, iż jesteśmy w stanie za zaoferowaną cenę wykonać niniejsze zamówienie. W kosztach uwzględniliśmy również obecnie panująca sytuację w kraju.”

Zamawiający po ocenie wyjaśnień uznał ofertę Developer i Recykling za najkorzystniejszą, co stało się przyczyną odwołania.

Izba zważyła, że przedmiotem badania powinna być wyłącznie cena ustalona w ramach aukcji elektronicznej, nie zaś cena wskazana w pierwotnej ofercie. Cena ta z całą pewnością była ceną rynkową, co potwierdza nieznaczna różnica jej wysokości w stosunku do szacunków wartości przedmiotu zamówienia dokonanych przez zamawiającego. Ostateczną ceną oferty była cena oferty ustalona w toku aukcji elektronicznej przez Developer i Recykling. W odniesieniu do wysokości tej ceny zamawiający dwukrotnie kierował żądania wyjaśnień. Pierwsze z nich z 26 października 2020 r. było sformułowane w sposób dość ogólny, gdyż jego treść zasadniczo powielala brzmienie art. 90 ust. 1 Pzp. W ocenie Izby wezwany wykonawca udzielił odpowiedzi adekwatnej do wyjaśnień. Podał pozycje kosztotwórcze oraz ich wartość oraz złożył dostępne sobie dowody. Nie jest obowiązkiem wykonawcy wezwanego przez zamawiającego do wyjaśnienia ceny swej oferty złożenie dowodów potwierdzających wszystkie wyliczenia zawarte w ofercie, zwłaszcza, jeśli czy obliczeniu ceny oferty opiera się na własnym sprzęcie i zasobach ludzkich.

Zamawiający był uprawniony do wezwania do udzielenia wyjaśnień doprecyzowujących wyjaśnienia udzielone wcześniej. Tak uczynił zamawiający w okolicznościach sporu, żądając wyjaśnień bardzo szczegółowych, jednak mieszczących się w granicach wcześniejszych wyjaśnień. Wezwanie z 20 lutego 2021 r. stanowiło doprecyzowanie kwestii, co do których zamawiający wymagał dodatkowych wyjaśnień, w szczególności co do oszczędności metody wykonania zamówienia oraz wybranych rozwiązań technicznych i dowodów w wybranych

obszarach, w tym na posiadanie własnego specjalistycznego sprzętu (m.in. koparek wyposażonych w osprzęt wyburzeniowy). Wyjaśnienia złożone w piśmie 24 lutego 2021 r. odpowiadały na wszystkie pytania zamawiającego. Wykonawca załączył dowody, które jednoznacznie wskazują na to, iż zaoferowana cena nie jest ceną rażąco niską.

W tym stanie rzeczy Izba uznała, że wyjaśnienia Developer i Recycling nie dają podstawy do uznania ceny oferty za cenę rażąco niską. Tym samym zamawiający prawidłowo wybrał ofertę tego wykonawcy jako ofertę najkorzystniejszą.

Nie znalazł potwierdzenia również zarzut naruszenia art. 89 ust. 1 pkt 7a Pzp oraz art. 89 ust. 1 pkt 8 Pzp w zw. z art. 66 § 2 k.c. przez zaniechanie odrzucenia oferty wykonawcy P.H.U. Complex, pomimo upływu terminu związania ofertą 24 kwietnia 2021 r. oraz braku przedłużenia terminu związania ofertą oraz wygaśnięcia wadium 24 kwietnia 2021 r.

Zarzut ten odwołujący buduje w oparciu o pismo P.H.U. Complex, w którym ten wykonawca przedłużył termin związania ofertą oraz ważność wadium w odniesieniu do części I, II i V. W kontrze zamawiający na rozprawie okazał aneks nr 8 do gwarancji ubezpieczeniowej zapłaty wadium nr 02GG03/1000/20/0015 z 21.09.2020 r. W pkt. 1 aneksu znajduje się stwierdzenie, iż „w związku z wydłużeniem okresu związania ofertą, niniejszym aneksem zmienia się okres ubezpieczeniowej gwarancji zapłaty wadium”. Punkt 3 tej gwarancji otrzymuje brzmienie „niniejsza gwarancja jest ważna od 25.09.2020 do 24.05.2021 r. Z braku dowodu na twierdzenie przeciwne Izba uznała, że P.H.U. Complex przedłużył termin związania ofertą oraz ważność wadium. W dacie wniesienia odwołania oferta P.H.U. Complex była zabezpieczona wadium. Nie doszło zatem do naruszenia art. 89 ust. 1 pkt 7a i 7 b Pzp.

W ocenie Izby istnienie stanu związania ofertą oraz dokonanie przez zamawiającego czynności wyboru najkorzystniejszej oferty w okresie, w którym wykonawca ubiegający się o udzielenie zamówienia jest nią związany, ma znaczenie prawne, tak z punktu widzenia przepisów kodeksu cywilnego, znajdującego zastosowanie z mocy odesłania zawartego w art. 14 Pzp, jak i dla zachowania zasad udzielania zamówień publicznych, w szczególności równego traktowania wykonawców. Przepisy ustawy nie są jednak spójne. Z normą dotyczącą instytucji przedłużenia terminu związania ofertą nie współbrzmi bowiem art. 89 ust. 1 pkt 7a Pzp. Literalne brzmienie tego przepisu wskazuje, że sankcja odrzucenia oferty następuje wyłącznie w sytuacji, gdy wykonawca wezwany przez zamawiającego nie wyrazi zgody na przedłużenie terminu związania ofertą. Na możliwość dokonywania przez zamawiającego czynności o charakterze eliminacyjnym wyłącznie na podstawie wymagań wynikających wprost z przepisów ustawy lub dokumentacji przetargowej zwrócił uwagę w związku z terminem związania ofertą TSUE w uzasadnieniu wyroku sprawie C-35/17 *Saferoad Grawil i Saferoad Kabex*. Przyjmując te stanowisko Izba uznała, że przesłanki odrzucenia oferty, jako eliminacyjne, podlegają wykładni ścisłej i nie mogą być rozszerzane na sytuacje nie objęte zakresem przedmiotowym normy. Takiej rozszerzającej wykładni art. 89 ust. 1 pkt 7a Pzp próbuje dokonać odwołujący w badanym postępowaniu, gdyż P.H.U. Complex nie odmówił zamawiającemu przedłużenia terminu związania ofertą.

W tym stanie rzeczy Izba na podstawie art. 553 ust. 1 i art. 554 ust. 1 pkt 1 Pzp orzekła, jak w pkt 1 sentencji. O kosztach Izba orzekła na podstawie art. 557 i art. 574 Pzp uwzględniając wynikającą z art. 575 Pzp zasadę ponoszenia kosztów stosownie do odpowiedzialności za wynik postępowania. W rozpoznawanej sprawie stroną odpowiedzialną w całości za wynik postępowania był odwołujący.

Przewodnicząca: