

WYROK

z dnia 22 września 2021 r.

Krajowa Izba Odwoławcza - w składzie:

Przewodniczący: Emil Kuriata

Protokolant: Mikołaj Kraska

po rozpoznaniu na rozprawie w dniu 20 września 2021 r., w Warszawie, odwołania wniesionego do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej w dniu 17 sierpnia 2021 r. przez wykonawcę **L. W. prowadzący działalność gospodarczą pod firmą P.H.U. „Complex” L. W., ul. Owocowa 1; 44-240 Żory**, w postępowaniu prowadzonym przez zamawiającego **Spółka Restrukturyzacji Kopalń S.A., ul. Strzelców Bytomskich 207; 41-914 Bytom**, przy udziale wykonawcy **A. S. prowadzący działalność gospodarczą pod firmą Przedsiębiorstwo Usługowo Inżynieryjne "ARGO" mgr inż. A. S., ul. Palowicka 98; 44-230 Bełk**, zgłaszającego przystąpienie do postępowania odwoławczego - po stronie zamawiającego,

orzeka:

- 1. Uwzględnia odwołanie i nakazuje zamawiającemu: unieważnienie czynności wyboru oferty najkorzystniejszej, unieważnienie czynności odrzucenia oferty odwołującego wykonawcy L. W. prowadzący działalność gospodarczą pod firmą P.H.U. „Complex” L. W., ponowne badanie i ocenę ofert z udziałem oferty odwołującego wykonawcy L. W. prowadzący działalność gospodarczą pod firmą P.H.U. „Complex” L. W..**
- 2. Kosztami postępowania obciąża zamawiającego Spółka Restrukturyzacji Kopalń S.A., ul. Strzelców Bytomskich 207; 41-914 Bytom i:**
 - 2.1. zalicza w poczet kosztów postępowania odwoławczego kwotę 10 000 zł 00 gr (słownie: dziesięć tysięcy złotych zero groszy) uiszczoną przez wykonawcę L. W. prowadzący działalność gospodarczą pod firmą P.H.U. „Complex” L. W., ul. Owocowa 1; 44-240 Żory, tytułem wpisu od odwołania,**
 - 2.2. zasądza od zamawiającego Spółka Restrukturyzacji Kopalń S.A., ul. Strzelców Bytomskich 207; 41-914 Bytom na rzecz wykonawcy L. W. prowadzący działalność gospodarczą pod firmą P.H.U. „Complex” L. W., ul. Owocowa 1; 44-240 Żory kwotę 13 600 zł 00 gr (słownie: trzynaście tysięcy**

sześćset złotych, zero groszy) stanowiącą koszty postępowania odwoławczego poniesione z tytułu wpisu od odwołania oraz wynagrodzenia pełnomocnika.

Stosownie do art. 579 ust. 1 i art. 580 ust. 1 i 2 ustawy z dnia 11 września 2019 r. Prawo zamówień publicznych (Dz. U. z 2021 r. poz. 1129) na niniejszy wyrok - w terminie 14 dni od dnia jego doręczenia - przysługuje skarga za pośrednictwem Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej do Sądu Okręgowego w Warszawie.

Przewodniczący:

Uzasadnienie

Zamawiający – Spółka Restrukturyzacji Kopalń S.A., prowadzi postępowanie o udzielenie zamówienia publicznego, w trybie podstawowym na podstawie art. 275 pkt 2 ustawy Pzp, którego przedmiotem jest „*Rozbiórka 11 obiektów powierzchniowych szybu „Witczak” położonych na terenie Spółki Restrukturyzacji Kopalń S.A. Oddział KWK „Centrum”*”.

Ogłoszenie o zamówieniu zostało opublikowane w BZP z dnia 2 lutego 2021 r., pod nr 2021/BZP 00004832.

Dnia 12 sierpnia 2021 roku, zamawiający poinformował wykonawców o wyniku prowadzonego postępowania.

Dnia 17 sierpnia 2021 roku, wykonawca L. W. prowadzący działalność gospodarczą pod firmą P.H.U. „Complex” L. W. (dalej „*Odwołujący*”) wniósł odwołanie do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej.

Na podstawie art. 516 ust. 1 pkt 7) ustawy Pzp, odwołujący podniósł niezgodność z ustawą czynności (zaniechań) zamawiającego, polegających na:

- 1) wadliwym dokonaniu oceny wyjaśnień dotyczących ceny oferty zaoferowanej w ramach aukcji elektronicznej AUK-P/2021/0299 przeprowadzonej w dniu 7 czerwca 2021 r., złożonych przez odwołującego w piśmie z dnia 16 czerwca 2021 r. (w odpowiedzi na wezwanie z dnia 8 czerwca 2021 r.),
- 2) bezpodstawnym odrzuceniu oferty odwołującego z powodu rażąco niskiej ceny,
- 3) bezpodstawnym dokonaniu wyboru oferty złożonej przez A. S., wykonującego działalność gospodarczą pod firmą PUI ARGO mgr inż. A. S., ul. Palowicka 98, 44-230 Bełk (zwanego dalej „*ARGO*”),

- w skutek czego w postępowaniu doszło do naruszenia:

1. art. 224 ust. 1 w zw. z art. 16 ustawy Pzp, poprzez ustalenie, że oferta odwołującego zawiera rażąco niską cenę w warunkach naruszenia obowiązku przeprowadzenia postępowania o udzielenie zamówienia publicznego w sposób zapewniający zachowanie uczciwej konkurencji i równe traktowanie wykonawców, a także w sposób przejrzysty i proporcjonalny,
2. art. 226 ust. 1 pkt 8) w zw. z art. 224 ust. 6 ustawy Pzp, poprzez odrzucenie oferty odwołującego z powodu rażąco niskiej ceny, w sytuacji gdy wyjaśnienia oraz dowody złożone na wezwanie zamawiającego potwierdzały, że oferta odwołującego nie zawiera ceny rażąco niskiej w stosunku do przedmiotu zamówienia,
3. art. 239 ust. 1 ustawy Pzp, poprzez dokonanie wyboru oferty ARGO, podczas gdy ww. oferta nie przedstawia najkorzystniejszego bilansu kryteriów oceny ofert.

Wobec wskazanych czynności (zaniechań) zamawiającego, odwołujący wniosk o nakazanie zamawiającemu:

- 1) unieważnienia czynności odrzucenia oferty odwołującego,
- 2) unieważnienia czynności wyboru oferty najkorzystniejszej,
- 3) powtórzenia czynności oceny ofert i wyboru oferty najkorzystniejszej z udziałem oferty odwołującego.

Interes odwołującego. Odwołujący wskazał, że jest czynnie legitymowany do wniesienia odwołania, na zasadzie art. 505 ust. 1 ustawy Pzp, bowiem posiada on interes w uzyskaniu zamówienia (złożona przez odwołującego oferta posiada cechy pozwalające na uznanie jej za ofertę najkorzystniejszą w postępowaniu). W wyniku naruszenia przepisów ustawy interes odwołującego w uzyskaniu przedmiotowego zamówienia doznał zaś uszczerbku, bowiem zamawiający bezpodstawnie dokonał odrzucenia oferty odwołującego.

Odwołujący podniósł, co następuje.

Stawka za sprzedaż – utylizację zużytego oleju.

Odwołujący wskazał, że kalkulacja ceny oferty odwołującego uwzględnia wszelkie koszty związane z utylizacją odpadów, jakie powstaną w związku z wykonaniem zamówienia, w tym utylizację oleju, o którym mowa w przedmiarze rozbiórki budynku warsztatu mechanicznego. Na podstawie oferty firmy Wektor Gospodarka Odpadami sp. o.o. sp.k. z dnia 10 czerwca 2021 r. (załączonej do wyjaśnień z dnia 16 czerwca 2021 r.) odwołujący uwzględnił w cenie swojej oferty przychód ze sprzedaży zużytego oleju na poziomie 33 000,00 zł netto (30 ton x 1 100,00 zł). Argumentacja zamawiającego, który kwestionuje wysokość przyjętej stawki za sprzedaż oleju (1,10 zł/kg) jest całkowicie gołosłowna. Odwołujący potwierdził, że propozycja specjalistycznego przedsiębiorstwa zajmującego się m.in. skupem przepracowanego oleju (Wektor Gospodarka Odpadami sp. o.o. sp.k.) jest nadal aktualna.

Liczba pracowników fizycznych skierowanych do realizacji zamówienia.

Zgodnie z pkt 8.1.2. ppkt 2 SWZ, zamawiający uzna warunek w zakresie zdolności technicznej i zawodowej, jeżeli wykonawca wykaże się dysponowaniem minimum 5 osób do obsługi rozbiórki – pracownicy fizyczni.

Odwołujący wskazał, że na obecnym etapie postępowania o udzielenie zamówienia publicznego zamawiający nie weryfikował jego zdolności technicznych i zawodowych. Nie mniej jednak odwołujący potwierdził, że dysponuje minimum 5 osobami do obsługi rozbiórki (pracownikami fizycznymi), które to osoby zamierza skierować do realizacji zamówienia. Odwołujący potwierdził, że w cenie swojej oferty uwzględnił nakłady na pracę 5 pięciu pracowników fizycznych. Wraz z wyjaśnieniami dotyczącymi ceny oferty w dniu 16 czerwca 2021 r. odwołujący przedstawił zamawiającemu „Kalkulację kosztów realizacji”. Uzasadnienie czynności odrzucenia oferty odwołującego świadczy o błędnej ocenie

złożonych wyjaśnień dokonanej przez zamawiającego, a zwłaszcza wskazuje na wybiórczą i dowolną ocenę załączonej kalkulacji.

Omówienie „Kalkulacji kosztów realizacji” w odniesieniu do liczby pracowników fizycznych.

Odwołujący podniósł, iż po pierwsze, w dziale „Prace przygotowawcze i obsługa budowy wspólne dla wszystkich zadań” w punkcie 3 uwzględnił koszt szkolenia BHP dla w sumie 11 pracowników, których zamierza skierować do wykonania zamówienia. W tej grupie znajduje się m.in. pracownicy fizyczni do obsługi rozbiórki (5 osób). Po drugie, w zależności od nakładu pracy uzależnionego od wielkości i skomplikowania obiektów podlegających rozbiórce, odwołujący założył udział od 1 do 5 pracowników fizycznych przy rozbiórce poszczególnych obiektów (zadania 1-11). Przykładowo w dziale „Zad. 4 Budynek warsztatu mechanicznego” w punkcie 5 oraz w dziale „Zad. 7 Suwnica bramowa” odwołujący uwzględnił pracę 5 pracowników fizycznych. Dysponując 5 pracownikami fizycznymi, 2 przepalaczami elementów stalowych oraz 2 koparkami wyburzeniowymi odwołujący zamierza realizować równoczesną rozbiórkę nawet kilku obiektów jednocześnie. Stąd też załączona „Kalkulacja kosztów realizacji” w zakresie poszczególnych zadań zakłada zróżnicowane nakłady pracy ludzi (1, 2 lub 5 pracowników fizycznych). Opis przedmiotu zamówienia nie zabrania takiego sposobu wykonania rozbiórki. Mało tego, równoczesna rozbiórka kilku towarzyszących sobie obiektów pozwoliła odwołującemu na optymalizację kosztów wykonania zamówienia. W tej sytuacji, uzasadnienie odrzucenia oferty, zgodnie z którym „do robót zostały założone przez oferenta ok. 3 osoby jako pracownicy fizyczni, natomiast warunki SWZ zakładają 5 pracowników fizycznych” należy uznać za całkowicie błędne. Treść SWZ nie nakłada na wykonawcę obowiązku skierowania wszystkich pracowników fizycznych do obsługi rozbiórki każdego z obiektów wchodzących w zakres przedmiotu zamówienia.

Uwzględnienie w cenie oferty ryzyka związanego z realizacją zamówienia.

Odwołujący zaprzeczając uzasadnieniu zawiadomienia o odrzuceniu oferty wskazuje, że wyjaśnienia przedstawione zamawiającemu w dniu 16 czerwca 2021 r. zawierają wzmiankę potwierdzającą uwzględnienie w cenie oferty ryzyka związanego z realizacją zamówienia (Ad 9 wyjaśnień). Wraz z wyjaśnieniami dotyczącymi ceny oferty w dniu 16 czerwca 2021 r. odwołujący przedstawił zamawiającemu „Kalkulację kosztów realizacji”, gdzie dla każdego z 11 zadań wyszczególniono osobną pozycję kalkulacyjną pod nazwą „Koszty nieprzewidziane”. Ponadto, w cenie oferty wynoszącej 243 089,43 zł netto (po odjęciu kosztów bezpośrednich wynoszących 181 581,59 zł netto oraz kosztów pośrednich w wysokości 9 079,08 zł netto) odwołujący uwzględnił zysk skalkulowany na poziomie 52 428,76 zł netto (29% ceny). Powyższe dobitnie świadczy o tym, że cena zaoferowana przez odwołującego nie stanowi ceny rażąco niskiej.

Reasumując odwołujący wskazał, iż wymaga wskazania, że w myśl przepisu art. 224 ust. 6 ustawy Pzp, odrzuceniu, jako oferta z rażąco niską ceną lub kosztem, podlega oferta wykonawcy, który nie udzielił wyjaśnień w wyznaczonym terminie, lub jeżeli złożone wyjaśnienia wraz z dowodami nie uzasadniają podanej w ofercie ceny lub kosztu.

W rozpoznawanej sprawie sytuacja braku udzielenia wyjaśnień w ogóle nie zaistniała, bowiem odwołujący przedstawił zamawiającemu wyczerpujące wyjaśnienia wraz z dowodami. Natomiast, ocena wyjaśnień złożonych przez odwołującego została dokonana przez zamawiającego w sposób wadliwy, bowiem doprowadziła zamawiającego do błędnego wniosku, iż oferta zawiera rażąco niską cenę lub koszt w stosunku do przedmiotu zamówienia. Według zapatrywania odwołującego, zamawiający dokonał oceny złożonych wyjaśnień w sposób niewszechstronny, bez należytej staranności, co skutkuje brakiem możliwości przyjęcia, że taka ocena została dokonana właściwie w rozumieniu art. 224 ust. 6 ustawy Pzp. W ocenie odwołującego - zamawiający miał pełny obraz sytuacji dotyczącej zaoferowanej przez odwołującego ceny, a jednakowoż decydując się na odrzucenie tej oferty ograniczył swoje spostrzeżenia do fragmentarycznej, wrywkowej analizy otrzymanych wyjaśnień. Gdyby zamawiający kompleksowo podszedł do analizy wyjaśnień wówczas nie zdecydowałby się na odrzucenie oferty odwołującego. Co prawda, przepisy ustawy Prawo zamówień publicznych nie definiują pojęcia rażąco niskiej ceny, jednak w judykaturze, o istnieniu ceny rażąco niskiej mówi wówczas, gdy oczywiste jest, że przy zachowaniu reguł rynkowych wykonanie umowy przez wykonawcę byłoby dla niego nieopłacalne. Rażąco niska cena jest to cena niewiarygodna, znacznie odbiegająca od cen rynkowych innych, takich samych lub podobnych rodzajów zamówień, wskazującą na możliwość wykonania zamówienia poniżej kosztów wytworzenia usługi, dostawy lub roboty budowlanej lub ofertę zawierającą cenę nierealną z punktu widzenia logiki, doświadczenia życiowego oraz racjonalnego gospodarowania. Cena rażąco niska to cena nierealna, niepozwalająca na realizację zamówienia z należyłą starannością, wskazująca na zamiar realizacji zamówienia poniżej kosztów własnych wykonawcy, niepozwalająca na wygenerowanie przez niego zysku (wyrok Sądu Okręgowego w Warszawie z dnia 23 maja 2018 r., XXIII Ga 209/18).

Zamawiający złożył pisemną odpowiedź na odwołanie, w której wniósł o oddalenie odwołania w całości oraz dopuszczenie i przeprowadzenie dowodów znajdujących się w aktach sprawy, w szczególności:

- a) wezwania Zamawiającego z dnia 8 czerwca 2021 r. w zakresie rażąco niskiej ceny,
- b) odpowiedzi „Complex” z dnia 16 czerwca na wezwanie w zakresie rażąco niskiej ceny,
- c) oferty firmy Wektor Gospodarka Odpadami sp. z o.o. sp. k. z dnia 10 czerwca 2021 r.,
- d) kalkulacji kosztów realizacji „Complex”,

a)-d) powyższe na okoliczność: istnienia podstaw do odrzucenia oferty „Complex” i uznania jej za zawierającą rażąco niską cenę.

Zamawiający wskazał, że nie zgadza się ze stanowiskiem wyrażonym przez odwołującego i uznaje podniesione przez niego zarzuty za bezpodstawne.

Zdaniem zamawiającego doszło do zawyżenia stawki za sprzedaż (utylicację) oleju. W kalkulacji kosztów realizacji zadania uwzględniono zawyżony koszt utylizacji oleju. Wykonawca przedstawił dowód na kwotę 1,10 zł za kg oleju różnego typu spółki Wektor Gospodarka Odpadami sp. z o.o. sp. k. (dalej: „Wektor”). Zamawiający zbadał ofertę, gdyż miał wątpliwości, co do wysokości ceny za kilogram utylizacji. W rozmowie telefonicznej z pracownikiem spółki „Wektor” zamawiający uzyskał informację, że najwyższa cena jaką „Wektor” proponuje za utylizację olejów zużytych różnych typów wynosi 0,20 zł za kg. Cena 1,10 za kg dotyczy oleju transformatorowego. Różnica $33\ 000 - 6\ 000 = 27\ 000$ zł. Zamiast 33 000 zł zysku w kosztorysie w poz. 16 zad. 4 powinno zostać przyjęte 6 000 zł zysku.

Zamawiający pismem z dnia 8 czerwca 2021 r. wezwał odwołującego do złożenia wyjaśnień oraz złożenia dowodów w zakresie zaoferowanej ceny.

Zgodnie z treścią pisma dowody winny dotyczyć przede wszystkim:

- kosztów poniesionych w związku z zatrudnieniem pracowników,
- kosztów związanych z użyciem i pozyskaniem sprzętu, którym Wykonawca zamierza realizować zamówienie,
- kosztów zakupu materiałów,
- kosztów utylizacji odpadów.

Odwołujący w wyjaśnieniach przedłożył ofertę odkupu oleju przez spółkę „Wektor”. Oferta obejmowała koszt utylizacji (odkupu) oleju za kwotę 1,10 zł /kg. Łącznie 33 zł, a zatem 11 % całej kwoty po aukcji. Zamawiający podczas przeprowadzania wizji lokalnej, jak również w swych dokumentach przetargowych nie określił: jakiego rodzaju jest to olej, jaki ma kod odpadu, czy jest to olej nowy czy przepracowany, jakiej gęstości jest to olej, do jaki celów może służyć, czy nadaje się na ponowne przetworzenie, czy nadaje się do dalszej eksploatacji, jak długo olej jest już magazynowany, w jakiej dotychczas formie był magazynowany - żadne z ww. paramentów technicznych nie zostały wskazane gdyż zamawiający nie posiadał wiedzy na ten temat.

Pomimo tego, iż zamawiający nie określił ww. parametrów odwołujący przedstawił ofertę „Wektor” na utylizację (odkup) oleju, która została sporządzona przez spółkę w taki sposób i w takiej cenie jakby odwołujący posiadał i przekazał wiedzę w zakresie wszystkich parametrów, które nie były znane nawet zamawiającemu. Zamawiający nadmienia, iż firma „ARGO”, która zajęła drugie miejsce po przeprowadzeniu aukcji, przedstawiła ofertę na utylizację oleju w kwocie 0,7-0,8 zł/kg.

Oferta cenowa spółki „Wektor”, na którą powołuje się odwołujący jest kalkulowana indywidualnie na podstawie dostarczonych zdjęć, oględzin, próbek odpadu, obejmuje koszty transportu oraz zagospodarowania odpadu, ważna jest przez 6 miesięcy, ulegnie zmianie w przypadku, gdy przekazywane do odbioru odpady pod względem składu i/lub rodzaju zanieczyszczeń nie odpowiadają przedmiotowi Umowy, której zawarcie zainicjowano przedmiotową Ofertą, wówczas Klient zapłaci Wektor Gospodarka Odpadami Sp. z o.o. Sp.k. karę umową w wysokości równej 50% wartości Umowy netto za każdy kilogram/litr odpadu nie odpowiadającego Przedmiotowi Umowy, nie mniej jednak niż 500 (słownie: pięćset) złotych. Kara umowna jest wymagalna z upływem 7 dni od dnia doręczenia noty obciążającej z tego tytułu. Wektor Gospodarka Odpadami Sp. z o.o. Sp.k. jest uprawniona do dochodzenia odszkodowania uzupełniającego, przenoszącego wysokość zastrzeżonej kary umownej, ulegnie zmianie jeżeli zgłoszone do odbioru odpady nie zostały posegregowane, Wektor Gospodarka Odpadami Sp. z o.o. Sp.k. ma prawo odmówić ich odbioru a zlecający będzie zobowiązany do zapłaty kosztów transportu wg stawki z pkt 2.

Zdaniem zamawiającego, nie jest możliwe przyjęcie w kalkulacji, że cena za 1 kg odpadu będzie wynosić 1,10 zł, w sytuacji gdy kod odpadu nie jest znany. Jednocześnie z przedłożonej oferty nie można wywieść podstawy obliczeń w zakresie ceny za kg odpadu.

Spółka „Wektor” w swojej ofercie wskazuje, iż „oferta cenowa kalkulowana jest indywidualnie na podstawie dostarczonych zdjęć, oględzin, próbek odpadu (...)”. Skalkulowanie ceny na podstawie próbek odpadu oczywiście nie miało miejsca, albowiem żadnych próbek nie pobrano. Dalej spółka „Wektor” informuję, że jeżeli kod odpadu, który nie jest znany i/lub skład odpadu który również nie jest znany będzie inne niż przedmiot umowy to „Complex” zapłaci karę umowną w wysokości równej 50% wartości netto umowy za każdy kilogram/litr odpadu nieodpowiadającego przedmiotowi umowy.

Wszystkie powyższe okoliczności spowodowały, iż zamawiający przeprowadził rozmowę telefoniczną z Kierownikiem biura spółki „Wektor” i otrzymał następujące informacje: *„Oferta została wykonana nierzetelnie. Pani Kierownik również była mocno zdziwiona, iż oferta na której nie ma kodu odpadu i nie jest sprecyzowany skład odpadu może w ogóle być sporządzona. Kierownik spółki „Wektor” poinformowała Zamawiającego, iż maksymalna kwota za utylizację oleju różnych typów to 0,20 zł za kg, jednakże nawet wtedy należy dokładnie określić wszystkie ww parametry”*.

Wobec powyższego zamawiający stwierdził, iż oferta przedstawiona przez firmę „Complex” jest co najmniej nierzetelna i nie odzwierciedla realnych cen za kg odpadu. Wyjaśnienia „Complex” skierowane w odpowiedzi na pismo zamawiającego z dnia 8 czerwca 2021 r. są niekompletne, nierzetelne i błędne, ponieważ wskazują, iż „Complex” osiągnie zysk za utylizację oleju w kwocie 33 000,00 zł netto, a okoliczności faktyczne sprawy wskazują na to, iż „Complex” będzie musiał zapłacić za tę utylizację oraz ponieść

ewentualne koszty wysokiej kary umownej - zgodnie z ofertą „Wektor”. Zamawiający analizując ofertę „Complex” oraz załączone w toku postępowania wyjaśnienia oraz dowody przeprowadził następujące wyliczenia: koszty pośrednie łącznie 11 zadań „Complex” oszacował na 181 581,59 zł netto - dalej należy odjąć wcześniej dodany zysk z tytułu sprzedaży/utylizacji oleju w kwocie 33 000,00 zł, co daje 214 581,59 zł netto. Teraz należy odjąć koszt utylizacji oleju różnego typu.

W związku z tym, iż zamawiający nie posiada informacji w postaci oferty na utylizację oleju różnego typu, dla którego ww. wymagania nie muszą być przeprowadzone, przyjmuje ofertę utylizacji oleju od drugiego oferenta po aukcji, tj. wykonawcy „Argo”, której wynegocjowana kwota jest jedynie 9 % wyższa. Zamawiający uważa, iż przyjęcie takiego rozwiązania jest korzystne dla wszystkich stron ponieważ nie bierze pod uwagę kwoty utylizacji oleju ofert najwyższych tylko sąsiadujących bezpośrednio ze sobą.

Dalej wyliczenie: „Argo” przedstawia ofertę 0,70 gr za kg co daje $30 \cdot 0,7 = 21\ 000,00$ zł netto za utylizację oleju w takiej formie jaki jest na terenie budowy, czyli bez kodu odpadu i innych w/w parametrów technicznych.

$214\ 581,59 + 21\ 000,00$ zł = $235\ 581,59$ zł netto - taki jest faktyczny koszt bezpośredni firmy „Complex” po utylizacji oleju.

Zamawiający wskazuje, iż jest to koszt bezpośredni - $235\ 581,59$ zł netto, tj. nie uwzględniający kosztów pośrednich i zysku, natomiast „Complex” oszacował całość zadania na kwotę 243 089,43 zł netto. Cena zaoferowana przez „Complex” jest zatem ceną rażąco niską.

Odnosząc się do zarzutu dotyczącego liczby pracowników skierowanych do realizacji zamówienia, wskazać należy co następuje.

Zgodnie z zapisem SWZ 8.1.2.2. zamawiający uzna warunek w zakresie zdolności technicznej i zawodowej jeżeli wykonawca wykaże się: dysponowaniem następującymi osobami, które zostaną skierowane do realizacji zamówienia publicznego (...) - minimum 5 osób do obsługi rozbiórki - pracownicy fizyczni.

Odwołujący w kalkulacji na każde zadanie z jedenastu zadań wskazał kierownika budowy, brygadzystę, kierownika branży elektrycznej w sposób właściwy i zgodny z założeniami wskazanymi w SWZ natomiast ilości osobowe które powinny być zgodne z SWZ czyli - minimum 2 osoby - przepalacz elementów stalowych, - minimum 5 osób do obsługi rozbiórki - pracownicy fizyczni, są niepoprawne. Z uwagi na to, iż zadanie jest podzielone na części oczywistym jest, że należy skierować odpowiednią ilość pracowników do każdej części zadania zgodnie z wymogami SWZ. Tylko w dwóch zadaniach z jedenastu ilości pracowników fizycznych i przepalaczy stalowych zostały poprawnie skalkulowane.

Zaniżone koszty robocizny dla pracowników fizycznych przy uwzględnieniu danych wskazanych w kalkulacji szczegółowej odwołującego wynoszą: 11 848,00 zł netto.

Zaniżone koszty robocizny dla przepalaczy elementów stalowych przy uwzględnieniu danych wskazanych w kalkulacji szczegółowej odwołującego wynoszą: 2 288,00 zł netto.

Razem zaniżenie kosztów robocizny, która została wykazana w kalkulacji szczegółowej i jest w sprzeczności z wymaganiami SWZ wynosi: 14 136,00 zł netto.

Podsumowanie kosztów:

Koszty bezpośrednie: koszt bezpośredni po poprawnej utylizacji olejów 235 581,59 zł netto + 14 136,00 zł netto - po poprawnych obliczeniach kosztów robocizny = 249 717,59 zł netto + koszty pośrednie w wysokości 5% zgodnie z kalkulacją szczegółową = 262 203,47 zł netto - 322 510,27 zł brutto - co jest o 23 510,26 zł brutto więcej aniżeli „Complex” otrzyma za wykonanie przedmiotowej usługi.

Odnosząc się do zarzutu dotyczącego prawidłowego skalkulowania ryzyka, wskazać należy, co następuje. Zamawiający jako podmiot prowadzący stale postępowania przetargowe, których przedmiotem są roboty likwidacyjne lub rozbiórkowe zdaje sobie sprawę z tego, iż podane koszty nieprzewidziane stanowią ryzyko związane z realizacją przedsięwzięcia, jednakże odwołujący w żadnym stopniu nie wskazał wyliczenia tego ryzyka, sposobu doboru w kontekście całości zakresu jak i zakresu częściowego, koszty nieprzewidziane są wskazane jako „suche” kwoty, których sposób obliczenia nie został wskazany zamawiającemu. Dodatkowo kwoty nieprzewidziane nie zostały zsumowane i nie zostało określone co oznaczają.

Zamawiający wskazał, iż rozbiórka budynku koparką z osprzętem wyburzeniowym, gdzie odwołujący wskazał ilości maszynogodzin i stawkę jednostkową odnosi się tylko do rozbiórki budynku/obiektu. W kalkulacji szczegółowej brakuje podstawowych pozycji, które nie zostały skalkulowane, pozycje które są określone w załączonych przedmiarach. Odwołujący nie przedłożył żadnych dowodów w toku postępowania przetargowego potwierdzających, że zaoferowana cena nie jest ceną rażąco niską, natomiast konieczność poparcia przedstawianych wyjaśnień dowodami ma kluczowe znaczenie dla ich oceny, ponieważ same wyjaśnienia rzadko kiedy mogą być uznane za w pełni obiektywne jako składane przez podmiot bezpośrednio zainteresowany rozstrzygnięciem. W odpowiedzi na wezwanie zamawiającego odwołujący zobowiązany był zatem wyjaśnić w sposób szczegółowy i konkretny, że zaoferowana cena gwarantuje należytą realizację całego zamówienia, uwzględnia wszelkie niezbędne do tego elementy, jak również wykazać dlaczego był w stanie zaoferować cenę na takim, a nie innym poziomie, czyli poziomie odbiegającym od wartości zamówienia lub cen innych złożonych w postępowaniu ofert. Przy czym podkreślić trzeba, że nie jest wystarczające samo powołanie się na istnienie tego rodzaju okoliczności, lecz konieczne jest wykazanie w sposób mierzalny, jak wpływają one na obniżenie kosztów realizacji zamówienia, jakie mają przełożenie na poszczególne elementy składowe ceny. Tak złożone wyjaśnienia wykonawca zobowiązany jest poprzeć stosownymi dowodami

potwierdzającymi wskazywane w wyjaśnieniach informacje. Odwołujący nie tylko nie przedstawił dowodów ale również nie ujął w kalkulacji wszystkich elementów, które winny zostać ujęte, a co zostało szczegółowo opisane w treści odpowiedzi na odwołanie. Nadto oferta zawiera błędy rachunkowe. Poprawne wyliczenia, które zostały wskazane przez zamawiającego pozwalają na jednoznaczne i kategoryczne twierdzenie, iż cena zaoferowana przez odwołującego jest ceną rażąco niską, niegenerującą zysku. Jednocześnie wbrew twierdzeniom odwołującego to właśnie oferta „Argo” przedstawiała najkorzystniejszy bilans cenowy i spełniała wszystkie wymogi zamawiającego, w związku z czym została wybrana jako najkorzystniejsza.

Odwołujący na posiedzeniu złożył dodatkowe pismo procesowe wraz z dowodami.

Izba ustaliła i zważyła, co następuje.

Izba stwierdziła, że nie zachodzą przesłanki do odrzucenia odwołania, o których stanowi przepis art. 528 ustawy Pzp.

Zamawiający prowadzi postępowanie o udzielenie zamówienia publicznego z zastosowaniem przepisów ustawy Prawo zamówień publicznych wymaganych przy procedurze, której wartość szacunkowa zamówienia nie przekracza kwot określonych w przepisach wydanych na podstawie art. 3 ustawy Prawo zamówień publicznych.

Krajowa Izba Odwoławcza stwierdziła, że odwołujący posiada interes w uzyskaniu przedmiotowego zamówienia, kwalifikowanego możliwością poniesienia szkody w wyniku naruszenia przez zamawiającego przepisów ustawy, o których mowa w art. 505 ust. 1 ustawy Pzp, co uprawniało go do złożenia odwołania.

Uwzględniając dokumentację z przedmiotowego postępowania o udzielenie zamówienia publicznego, jak również biorąc pod uwagę oświadczenia i stanowiska stron, oraz uczestnika postępowania odwoławczego, złożone w pismach procesowych, jak też podczas rozprawy Izba stwierdziła, iż odwołanie zasługuje na uwzględnienie.

Zamawiający w informacji o odrzuceniu oferty podał, iż odrzucił ofertę odwołującego na podstawie art. 226 ust.1 pkt 8 ustawy Pzp, ponieważ oferta zawiera rażąco niską cenę lub koszt w stosunku do przedmiotu zamówienia.

W uzasadnieniu faktycznym odrzucenia oferty odwołującego, zamawiający wskazał, że *„w kalkulacji kosztów realizacji zadania uwzględniono zawyżony koszt utylizacji oleju. Oferent przedstawił dowód na kwotę 1,10 za /kg oleju różnego typu z firmy Wektor Gospodarka Odpadami. Zamawiający zbadał ofertę, gdyż miał wątpliwości co do wysokości*

ceny za kilogram utylizacji. W rozmowie telefonicznej z panią kierownik firmy Wektor Gospodarka Odpadami zamawiający uzyskał informację, że najwyższa cena jaką Wektor proponuje za utylizację olejów zużytych różnych typów jest 0,20 zł za kg. Cena 1,10 za kg dotyczy oleju transformatorowego. Różnica 33 000 – 6 000 = 27 000 zł. Zamiast 33 000 zł zysku w kosztorysie w poz. 16 Zad. 4 powinno być przyjęte 6 000 zł zysku. Przyjęto ilość osób niezgodną z warunkami udziału w postępowaniu SWZ, co przekłada się na zaniżoną ilość roboczogodzin przyjętą w kalkulacji. Brak osobnego wskazania ilości osób i roboczogodzin spowodował, że zamawiający dokonał analizy na podstawie kalkulacji kosztów realizacji. W wyniku czego uzyskano, że do robót zostały założone przez oferenta ok. 3 osoby jako pracownicy fizyczni, natomiast warunki SWZ zakładają 5 pracowników fizycznych.

W ofercie jest również brak wskazania wliczonego ryzyka związanego z realizacją zamówienia”.

Przepis art. 226 ust.1 pkt 8 ustawy Pzp stanowi, iż zamawiający odrzuca ofertę, jeżeli zawiera rażąco niską cenę lub koszt w stosunku do przedmiotu zamówienia.

Zamawiający wezwał odwołującego (pismem z dnia 8 czerwca 2021 r.) do złożenia wyjaśnień, „czy Państwa oferta uwzględnia wszystkie wymagania zawarte w SWZ, w tym w warunkach umowy/OPZ, a zaoferowana cena obejmuje całkowity koszt wykonania przedmiotu zamówienia, w tym również wszelkie koszty towarzyszące jej wykonaniu.

Zamawiający wzywa Wykonawcę do złożenia szczegółowych i popartych dowodami wyjaśnień dotyczących treści złożonej oferty. (...)”. W wezwaniu zamawiający wskazał, iż żąda przedłożenia stosownych dowodów oraz określił zakres wymaganych wyjaśnień.

Odwołujący złożył stosowne wyjaśnienia, które w ocenie zamawiającego nie były wystarczające w zakresie trzech elementów, tj. ceny za zużyty olej, kosztów pracowniczych oraz wyceny ryzyka przy realizacji zadania, dlatego też zamawiający podjął decyzję o odrzuceniu oferty odwołującego.

Ustosunkowując się do stanowisk stron oraz zgromadzonego materiału dowodowego, Izba stwierdziła, że decyzja zamawiającego nie była prawidłowa, nie znajduje podstaw prawnych oraz faktycznych.

Odnosnie podstawy wskazanej przez zamawiającego, dotyczącej nieuzasadnionej, a co za tym idzie zawyżonej ceny skupu oleju, Izba nie znajduje podstaw do uznania, iż zawyżona (w ocenie zamawiającego) cena skupu oleju może stanowić podstawę do stwierdzenia, że cena oferty jest ceną rażąco niską. Co do zasady bowiem, cena rażąco niska dotyczy zaniżenia ceny lub kosztu, a nie jego zawyżenia.

Przechodząc do analizy stanowiska zamawiającego wskazać należy, iż zamawiający dokonując badania złożonych przez odwołującego wyjaśnień nie powinien opierać swojego stanowiska wyłącznie o informacje uzyskane samodzielnie i do tego telefonicznie w kontrze

do pisemnego oświadczenia odwołującego popartego oświadczeniem (ofertą) firmy Wektor. Okoliczność, że inni wykonawcy opierali wycenę swojej oferty na innym poziomie nie może dyskryminować wykonawcy, który współpracując z inną niż pozostali wykonawcy firmą dysponuje odpowiednio wypracowanymi poziomami wymiany handlowej, które umożliwiają mu zaproponowanie wyliczonej przez niego ceny. Tym bardziej, że zamawiający nie podał charakterystyki produktu (parametrów technicznych olejów), który ma być przedmiotem utylizacji. Skoro tak, to w ocenie Izby, zasadnym było przyjęcie stawek większych (wyższych) niż standardowe, które pozwoliły wykonawcy na wypracowanie wyższego zysku. Zamawiający nie ma podstawy do kwestionowania powyższego ustalenia, tym bardziej, że odwołujący przedłożył inny dowód – ofertę innej firmy profesjonalnie zajmującej się utylizacją olejów (EKOMAX sp. z o.o.) – gdzie stawka za 1 litr oleju osiąga poziom nawet 1,80 zł/litr, co oznacza, że dysproporcja cen ukształtowana jest od możliwości współpracy przedsiębiorców. Nawet jeżeli zamawiający miał wątpliwości, co do wysokości zaproponowanej ceny, to po uzyskaniu informacji samodzielnie od pracownika spółki Wektor, winien próbować wyjaśnić powyższe rozbieżności, a nie arbitralnie przyjmować, że wina w tym zakresie leży po stronie odwołującego. Tym bardziej, że odwołujący wykonawca posłużył się oświadczeniem (ofertą) podpisaną przez współnika spółki Wektor (potwierdzonym na rozprawie dodatkowym oświadczeniem drugiego ze współników tej spółki) w opozycji do telefonicznego rozpoznania (na rozprawie została złożona dodatkowa korespondencja e-mail) pracownika tej spółki, który przecież nie musi znać wszystkich ustaleń poczynionych pomiędzy właścicielami firm. Izba przypisała walor wiarygodności oświadczeniom złożonym przez współników spółki Wektor.

W zakresie podstaw do odrzucenia oferty odwołującego z uwagi na okoliczność, iż odwołujący nie przewidział liczby osób zgodnie z warunkami udziału w postępowaniu w SWZ, co w ocenie zamawiającego przekłada się na zaniżoną ilość roboczogodzin przyjętą w kalkulacji, Izba stwierdziła, co następuje.

Zamawiający w treści SWZ ustalił następująco brzmiące warunki udziału w postępowaniu, cyt. „8. KWALIFIKACJA PODMIOTOWA WYKONAWCÓW – WARUNKI UDZIAŁU W POSTĘPOWANIU:

8.1. O udzielenie zamówienia może się ubiegać wykonawca spełniający następujące warunki: (...):

8.1.2. Zamawiający uzna warunek w zakresie zdolności technicznej i zawodowej jeżeli wykonawca wykaże się: (...):

2. dysponowaniem następującymi osobami, które zostaną skierowane do realizacji zamówienia publicznego, w szczególności odpowiedzialnymi za świadczenie usług, kontrole jakości lub kierowanie robotami budowlanymi posiadającymi uprawnienia: (...):

- minimum 5 osób do obsługi rozbiórki - pracownicy fizyczni”.

Zdaniem zamawiającego „*Brak osobnego wskazana ilości osób i roboczogodzin spowodował, że Zamawiający dokonał analizy na podstawie kalkulacji kosztów realizacji. W wyniku czego uzyskano, że do robót zostały założone przez oferenta ok. 3 osoby jako pracownicy fizyczni, natomiast warunki SWZ zakładają 5 pracowników fizycznych”.*

Zdaniem Krajowej Izby Odwoławczej zamawiający nadinterpretuje (zmienia) warunki realizacji zamówienia jakie sam ustalił w przedmiotowym postępowaniu. Wskazać bowiem należy, iż zamawiający w treści SWZ ustalił warunek polegający na obowiązku dysponowania przez wykonawcę zasobu osobowego w zakresie pracowników fizycznych na poziomie minimum 5 osób. W żadnym innym miejscu SWZ oraz załączników do niej, zamawiający nie doprecyzował, czy wymóg minimum 5 osób obliguje wykonawcę do tego, że w zakresie każdego z 11 obiektów przeznaczonych do rozbiórki musi być zaangażowanych jednocześnie minimum 5 pracowników fizycznych (powyższą okoliczność potwierdził na rozprawie zamawiający). Zamawiający podniósł jednocześnie, że jego intencją było aby w czasie 26 dni (przewidzianych na realizację zamówienia), wykonawca legitymował się stosownym potencjałem osobowym, umożliwiającym wykonawcy terminową realizację umowy. Zamawiający jednakże nie zauważa, że nie można w trakcie postępowania – po terminie otwarcia ofert – zmieniać reguł zamówienia. Jeżeli zamawiający miał taki zamysł, to winien go opisać w dokumentacji postępowania. Ponadto, trzeba mieć również na uwadze, że doświadczony wykonawca (odwołujący), czemu zamawiający nie przeczył, ma możliwość do takiego zorganizowania procesu realizacji umowy, który zoptymalizuje koszty i pozwoli osiągnąć maksymalizację zysku. Taki jest przecież cel prowadzenia działalności gospodarczej. Dlatego też wyjaśnienia złożone przez odwołującego należało ocenić w sposób pozytywny, gdyż z wyjaśnień tych wynika proces realizacji zamówienia, jaki przyjął wykonawca. Ze zdjęć jakie przedłożył odwołujący – dotyczących przedmiotu zamówienia – wyraźnie widać, że poziom złożoności prac przy niektórych obiektach nie wymaga działania, aż pięciu pracowników fizycznych, tym bardziej przy udziale sprzętu zmechanizowanego.

Dlatego też Izba stwierdziła, że wyliczenia odwołującego były prawidłowe, poparte stosowną wiedzą uzasadniającą organizację pracy w ten sposób, iż nie do każdego zadania konieczne jest skierowanie do pracy 5 pracowników fizycznych, a co warte podkreślenia, wymóg taki nie wynikał z dokumentacji przetargowej. Izba uznała czynność zamawiającego za wadliwą, a zarzut odwołującego za zasadny.

W zakresie podstawy do odrzucenia oferty odwołującego w związku z okolicznością, którą wskazał zamawiający w informacji o odrzuceniu oferty, tj. „*W ofercie jest również brak*

wskazania wliczonego ryzyka związanego z realizacją zamówienia”, Izba stwierdziła, co następuje.

Zarzut odwołującego w omawianym zakresie jest zasadny. Podnieść należy, że zamawiający w bardzo lakoniczny sposób odniósł się do podstawy faktycznej odrzucenia oferty odwołującego w tym zakresie. Niemniej stwierdzić należy, iż nie jest prawdą, że odwołujący nie wyliczył w cenie oferty ryzyka związanego z realizacją zamówienia, gdyż w załączeniu do wyjaśnień złożonych zamawiającemu, złożył kalkulację kosztów realizacji, w której w zakresie każdego z zadań podał informację o tym, że przewiduje tzw. koszty nieprzewidziane (w wysokości od 500 do 1000 zł), jednocześnie wyjaśniając, że „Przedsiębiorstwo uwzględniło ryzyka związane z realizacją zamówienia w kalkulacji kosztów pod postacią „Koszty nieprzewidziane”.

Dlatego też stwierdzić należało, że czynność zamawiającego była niezasadna.

Izba, nie rozstrzygała zarzutów dodatkowych w zakresie oferty odwołującego, które w odpowiedzi na odwołanie oraz na rozprawie podnosił zamawiający, gdyż dodatkowe okoliczności nie były znane odwołującemu w chwili przekazania informacji o odrzuceniu oferty, tym samym nie mogły być również przedmiotem stawianych zarzutów.

Biorąc pod uwagę powyższe, orzeczono jak w sentencji.

O kosztach postępowania orzeczono stosownie do wyniku sprawy na podstawie art. 575 ustawy Pzp oraz § 7 ust. 1 pkt 1 rozporządzenia Prezesa Rady Ministrów z dnia 30 grudnia 2020 r. w sprawie szczegółowych rodzajów kosztów postępowania odwoławczego, ich rozliczania oraz wysokości i sposobu pobierania wpisu wysokości wpisu od odwołania (Dz. U. poz. 2437), uwzględniając koszty odwołującego związane z wpisem od odwołania, oraz wynagrodzeniem pełnomocnika.

Przewodniczący: