

WYROK
z dnia 21 maja 2021 r.

Krajowa Izba Odwoławcza - w składzie:

Przewodniczący: Robert Skrzyszewski

Protokolant: Konrad Wyrzykowski

po rozpoznaniu na rozprawie w dniu 17 maja 2021 r. w Warszawie odwołania wniesionego do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej w dniu 14 kwietnia 2021 r. przez wykonawców wspólnie ubiegających się o udzielenie zamówienia: Dominex Sp. z o.o. z siedzibą w Świętochłowicach, Nomet Sp. z o.o. z siedzibą w Porębie w postępowaniu prowadzonym przez Zamawiającego: Spółkę Restrukturyzacji Kopalń S.A. z siedzibą w Bytomiu

przy udziale

A. wykonawcy W. C. prowadzącego działalność gospodarczą pod firmą Przedsiębiorstwo Handlowo Usługowe W. C. w Czerwionce-Leszczynach (44-230), ul. 3 Maja 79 zgłaszającego swoje przystąpienie do postępowania odwoławczego o sygn. akt: KIO 1140/21 po stronie Zamawiającego,

B. wykonawcy Energokon-Plus Sp. z o.o. z siedzibą w Sosnowcu zgłaszającego swoje przystąpienie do postępowania odwoławczego o sygn. akt: KIO 1140/21 po stronie odwołującego

C. wykonawcy Ulman D. M., ul. Podgórna 14, 43-190 Mikołów zgłaszającego swoje przystąpienie do postępowania odwoławczego o sygn. akt: KIO 1140/21 po stronie odwołującego

orzeka:

1. oddała odwołanie,
2. kosztami postępowania obciąża wykonawców wspólnie ubiegających się o udzielenie zamówienia: Dominex Sp. z o.o. z siedzibą w Świętochłowicach, Nomet Sp. z o.o. z siedzibą w Porębie i:
 - 2.1. zalicza w poczet kosztów postępowania odwoławczego kwotę 10 000 zł 00 gr (słownie: dziesięć tysięcy złotych zero groszy) uiszczoną przez wykonawców wspólnie

ubiegających się o udzielenie zamówienia: Dominex Sp. z o.o. z siedzibą w Świętochłowicach, Nomet Sp. z o.o. z siedzibą w Porębie tytułem wpisu od odwołania,

2.2. zasądza od wykonawców wspólnie ubiegających się o udzielenie zamówienia: Dominex Sp. z o.o. z siedzibą w Świętochłowicach, Nomet Sp. z o.o. z siedzibą w Porębie na rzecz wykonawcy W. C. prowadzącego działalność gospodarczą pod firmą Przedsiębiorstwo Handlowo Usługowe W. C. w Czerwionce-Leszczynach (44-230), ul. 3 Maja 79 kwotę 3 600 zł 00 gr (słownie: trzy tysiące sześćset złotych zero groszy) stanowiącą koszty postępowania odwoławczego poniesione z tytułu zwrotu kosztów wynagrodzenia pełnomocnika.

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

Przewodniczący.....

Uzasadnienie

Zamawiający: Spółka Restrukturyzacji Kopalń S.A. z siedzibą w Bytomiu wszczął postępowanie o udzielenie zamówienia publicznego pod nazwą: „Likwidacja pompowni przy osadnikach popłuczki oraz osadników wody popłuczkowej z podtorzem suwnicy zlokalizowanych w rejonie szybu „Pułaski” dla Spółki Restrukturyzacji Kopalń S.A. w Bytomiu Oddział w Katowicach KWK „Wieczorek TT” - znak sprawy ZP-WII-0013/20.

Ogłoszenie o zamówieniu zostało opublikowane przez Zamawiającego w Biuletynie Zamówień Publicznych pod numerem 763453-N-2020 w dniu 8 grudnia 2020 r.

W dniu 9 kwietnia 2021 r. Odwołujący - wykonawcy wspólnie ubiegający się o udzielenie zamówienia: Dominex Sp. z o.o. z siedzibą w Świętochłowicach, Nomet Sp. z o.o. z siedzibą w Porębie otrzymał zawiadomienie nr SRK/NZ/1072/21/JK o wyborze oferty ZK Żurawscy jako oferty najkorzystniejszej w postępowaniu.

Nie zgadzając się z powyższą czynnością Zamawiającego Odwołujący w dniu 14 kwietnia 2021 r. wniósł odwołanie do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej od niezgodnych z przepisami ustawy czynności Zamawiającego podjętych w toku postępowania o udzielenie zamówienia publicznego, polegających na:

- zaniechaniu odrzucenia oferty wykonawcy K. Ż. i G. Ż. prowadzących wspólnie działalność gospodarczą w formie spółki cywilnej pod firmą: Firma ZK S.C. K. Ż., G. Ż. z siedzibą w Gliwicach (44-100), ul. Okrężna 24 (dalej: ZK Ż.), jako zawierającej rażąco niską cenę z przyczyn opisanych w uzasadnieniu niniejszego odwołania,
- dokonaniu wyboru oferty wykonawcy ZK Ż. jako najkorzystniejszej w niniejszym postępowaniu,
- zaniechaniu odrzucenia oferty wykonawcy Pol-Invest Group Sp. z o.o. z siedzibą w Sosnowcu (41-200) ul. Radocha 4a, (dalej: Pol-Invest), jako zawierającej rażąco niską cenę z przyczyn opisanych w uzasadnieniu niniejszego odwołania,
- zaniechaniu odrzucenia oferty wykonawcy Przedsiębiorstwa Handlowo-Uslugowego „MAREX” Sp. z o.o. Sp. k. z siedzibą w Chorzowie (41-530) ul. Kolejowa 3 (dalej: Marex), jako zawierającej rażąco niską cenę z przyczyn opisanych w uzasadnieniu niniejszego odwołania,
- zaniechaniu odrzucenia oferty wykonawcy W. C. prowadzącego działalność gospodarczą pod firmą Przedsiębiorstwo Handlowo Usługowe W. C. w Czerwionce-Leszczynach (44-230), ul. 3 Maja 79 (dalej: W. C.), zwany dalej Przystępującym, jako

zawierającej rażąco niską cenę z przyczyn opisanych w uzasadnieniu niniejszego odwołania,

- zaniechaniu odrzucenia oferty wykonawcy L. W. prowadzącego działalność gospodarczą pod firmą Przedsiębiorstwo Handlowo Usługowe „COMPLEX” L. W. w Żorach (44-240) ul. Owocowa 1 (dalej: Complex) jako zawierającej rażąco niską cenę z przyczyn opisanych w uzasadnieniu niniejszego odwołania.

Odwołujący zarzucił Zamawiającemu naruszenie:

- art. 89 ust. 1 pkt 4) w zw. z art 90 ust. 2 i 3 ustawy z dnia 29 stycznia 2004 r. Prawo zamówień publicznych (t.j. Dz. U. z 2019 r., poz. 1843), zwanej dalej dawną lub starą ustawą Pzp, poprzez zaniechanie odrzucenia ofert wykonawców „ZK” Ż., Pol-Invest Group Sp. z o.o., P.H.U. „Marex”, P.H.U. W. C., P.H.U. „Complex” jako ofert zawierających rażąco niskie ceny, podczas gdy treść udzielonych przez ww. wykonawców wyjaśnień nie potwierdza, że ich oferty nie zawierają rażąco niskiej ceny oraz wykonawcy nie złożyli, żądanych przez Zamawiającego dowodów, zaś Zamawiający nie przeprowadził wszechstronnej i dokładnej oceny wyjaśnień złożonych przez ww. wykonawców do czego był zobligowany na mocy ustawy,

- art.91 ust. 1 w zw. z art. 88 ust. 1 pkt 4 dawnej ustawy Pzp, poprzez dokonanie wyboru oferty wykonawcy „ZK” Żurawscy jako oferty najkorzystniejszej w niniejszym postępowaniu, podczas gdy oferta ta podlega odrzuceniu w powodu rażąco niskiej ceny,

- art. 7 ust 1 i 3 dawnej ustawy Pzp poprzez niezapewnienie uczciwej konkurencji i równego traktowania wykonawców, zgodnie z zachowaniem zasad proporcjonalności przejrzystości, polegających na pominięciu braku wiarygodnych wyjaśnień i dowodów, jakie nie zostały złożone przez wykonawców oraz poprzez zaniechanie obowiązkowych działań przez Zamawiającego i w konsekwencji dokonania wyboru jako najkorzystniejszej oferty podlegającej odrzuceniu.

Stawiając na powyższe zarzuty, wnosił o:

1. uwzględnienie odwołania w całości,
2. unieważnienie czynności wyboru najkorzystniejszej oferty złożonej przez „ZK” Ż.
3. odrzucenie oferty wykonawców „ZK” Ż., Pol-Invest Group Sp. z o.o., P.H.U. „Marex” Sp. z o.o., P.H.U. W. C., P.H.U. „Complex” L. W.,
4. powtórzenie czynności badania i oceny ofert oraz wyboru najkorzystniejszej oferty z udziałem ofert niepodlegających odrzuceniu
5. zasądzenie od Zamawiającego na rzecz Odwołującego kosztów postępowania odwoławczego.

Pismem z dnia 13 maja 2021 r., które wpłynęło do Krajowej Izby Odwoławczej w dniu

17 maja 2021 r. Zamawiający udzielił odpowiedzi na odwołanie uznając w całości zarzuty zawarte w odwołaniu wnosząc o umorzenie postępowania odwoławczego.

Pismem z dnia 17 maja 2021 r. Przystępujący zgłosił sprzeciw wobec uwzględnienia odwołania w części dotyczącej zarzutu zaniechania odrzucenia jego oferty.

Na posiedzeniu przed Krajową Izbą Odwoławczą pełnomocnicy Odwołującego oświadczyli, że wycofują wszystkie zarzuty odnoszące się do pozostałych wykonawców, natomiast podtrzymują zarzut dotyczący oferty Przystępującego.

W swoim odwołaniu w części podlegającej rozpoznaniu Odwołujący zwrócił uwagę, że Przystępujący w swojej ofercie cenowej złożonej dnia 12.04.2021 r. powołał się na Foxmet Sp. z o.o., jako podmiot udostępniający swoje zasoby w zakresie zdolności technicznej i zawodowej.

Zauważył, że oferta, jaką w wyniku aukcji elektronicznej w dniu 03.02.2021 r. złożył Przystępujący opiewała na kwotę 1.063.000,00 zł brutto, 864.227,64 zł netto.

Wskazał, że Przystępujący pismem z dnia 04.02.2021 r. wezwany przez Zamawiającego został do udzielenia odpowiedzi w zakresie rażąco niskiej ceny, na które w dniu 09.02.2021 r. udzielił pisemnej odpowiedzi.

Odwołujący stwierdził, że analiza przedłożonej przez wykonawcę Wojciecha Czaplińskiego oferty firmy Foxmet Sp. z o.o., która deklaruje transport 3,5 tysiąca ton ziemi w kwocie 28.800,00 zł netto, prowadzi do wniosku, iż koszt załadunku i przewozu 1 tony ziemi wynosi 8,22 zł.

Zdaniem Odwołującego – Przystępujący nie przedłożył jednak żadnego dowodu, iż oferent przedmiotowy materiał posiada, oraz że jest on akceptowalny do zasypu.

Zaznaczył, że wskazane miejsce składowania ziemi jest w Czerwionce Leszczyny, tj. 103,20 km w kółku dla transportu ziemi na teren osadników.

Argumentował, że zakładając średni załadunek w ilości 24 ton na pojazd, obliczyć należy, iż dostawca ziemi wykona na rzecz wykonawcy 146 kursów, w kwocie 197,26 zł za kurs.

Według Odwołującego - z powyższych wyliczeń wynika, iż transport kosztować będzie 1,91 zł za 1 km. Cena ta jest odrealniona od stawek za transport na Śląsku i zdecydowanie rażąco zaniżona. Nieprawdopodobnym jest dla Odwołującego, by obejmowała sam koszt załadunku 3,5 tysiąca ton materiału.

Argumentował, że załadunek 146 pojazdów, nawet zakładając, iż potrwa po 15 minut na jeden pojazd, daje 22 motogodziny pracy ładowarki, w kwocie (jak założył wykonawca) 78,20 zł = 1.720,40 zł netto.

W przekonaniu Odwołującego - cena założona przez wykonawcę Wojciecha Czaplińskiego w tym zakresie jest zaniżona i nie odpowiada wartościom rynkowym, bowiem minimalny koszt zakupu i transportu humusu wynosi 20,00 zł za tonę, jak przyjęło większość wykonawców, biorących udział w przedmiotowym postępowaniu (stawka Odwołującego wynosi 28,00 zł netto za 1 tonę humusu z transportem).

Wobec powyższego, podniósł, że kwota, którą wykonawca poniesie z tego tytułu wyniesie co najmniej 61 120 zł netto (3 056,00 Mg ziemi/ humusu x minimum 20,00 zł netto za tonę wraz z dostawą), a nie jak przyjął W. C. 28.800,00 zł netto. Cena oferty tego wykonawcy jest zatem zaniżona o co najmniej 32.320,00 zł netto.

Zarzucił, że w swej kalkulacji W. C. nie ujął transportu płyt betonowych w ilości 4.851,32 m², tj., 1.078 sztuk w miejsce wskazane przez Zamawiającego. Przyjmując cenę transportu w kwocie 10,00 zł netto za tonę, kalkulacja wykonawcy W. C. jest niedoszacowana także o kwotę 18.326,00 zł netto (1.832,60 Mg x 10 zł netto; przyjęto najcieńsze płyty drogowe pełne o grubości 15 cm o wymiarze 3m x 1,5m i wadze 1700 kg sztuka).

Zwrócił uwagę, że wyjaśniając składniki kosztorysowe wykonawca ten wskazał „iż przy dobrej organizacji robót, odpowiedniej ilości sprzętu oraz kadry pracowniczej, możliwym jest skrócenie terminu realizacji, co znacząco wpłynie na poniesione koszty”.

Przyznał, że można zgodzić się z powyższym stwierdzeniem, jednak dla skrócenia terminu realizacji zadania „odpowiednia ilość sprzętu” oznacza zwiększenie mocy przerobowych, co przekłada się na zwiększenie kosztów, które wykonawca ten podniesie z tego tytułu.

Dalej wywodził, że wykonawca W. C. w swej kalkulacji założył dla realizacji całego zadania jedynie 360 motogodzin pracy koparki oraz 360 motogodzin pracy ładowarki, co przełoży się na pracę przez ok. 45 dni.

Analizując wskazane w przedmiarach ilości m³ gruzu, płyt drogowych, mułu zalegającego w zbiornikach, materiału do zasypu, ilości robót ziemnych związanych z rozścielaniem materiału zasypowego i ziemi, wskazał, iż spalający zaledwie 17 l. ON na godzinę sprzęt wykonawcy, jest rekordowo wydajny, tj. przerabia (rozbia, ładuje, rozściela, rozkuwa) 90,70 m³ na 1 m o to godzinę, co jest nierealne.

Przekonywał, że powyższe wynika z następującego wyliczenia: 35.000 m³ mułu/osadu + 1.910 m³ ziemi do zasypu + 24.172,03 m³ kruszywa o frakcji 0-63 do zasypu + 727,68 m³ płyt drogowych do ściągnięcia z nawierzchni i załadunku + 3.497,43 m³ gruzu do rozebrania, rozkucia, usunięcia z wykopu i załadunku = 65.307,14 m³ / 760 motogodzin pracy dwóch maszyn = 90,7 m³ na jedną motogodzinę.

W związku z tym koszty pracy sprzętu wskazane przez tego Wykonawcę są niedoszacowane oraz znacznie zaniżone.

Zauważył, że zadanie obejmujące rozbiórkę pompowni oraz zbiorników o powierzchni zabudowy 4.673,28 m², a także roboty związane ze ściągnięciem nawierzchni na terenie 5.571,03 m² wykonawca planuje wykonać przez brygadę złożoną wyłącznie z 3 osób - dwóch operatorów i spawacz, co z pewnością nie przełoży się na skrócenie czasu trwania tych prac.

Podniósł również, że kalkulacja wykonawcy W. C. nie zawiera również kosztów pracowniczych dotyczących wykonania odpłatnych szkoleń na terenie KWK Wieczorek, wynoszących po 50 zł netto za 1 osobę (wykonawca wskazał 5 osób realizujących zamówienie, tj. 250,00 zł netto, dowód FV za szkolenie BHP na terenie KWK Wieczorek).

Zaznaczył, że w celu wykazania kosztów odpompowania, wywozu oraz utylizacji 35.000 m³ mułu wykonawca W. C. jako dowód w tym zakresie przedłożył deklarację firmy Silver-Carbo Sp. z o.o., która za odbiór i utylizację odpadu zapłaci wykonawcy po 10 zł za 1 m³.

Nadmienił przy tym, iż członkiem Zarządu spółki Silver-Carbo jest Pan K. P., tj. ta sama osoba, która prowadząc działalność gospodarczą pod nazwą firma P. K. P., oferuje

innemu wykonawcy, firmie Complex L. W. odbiór tego samego odpadu i jego zagospodarowanie w kwocie 10 zł za 1 tonę (jako swoje wynagrodzenie, nie koszt).

Zdaniem Odwołującego - brak spójności w przypadku odbioru i zapłaty należności za ten sam towar mocno podważa wiarygodność przedmiotowych oświadczeń/ofert.

Dodatkowo, zwrócił uwagę, że nie przedłożono żadnych dowodów, iż zgodnie, z ustawą o odpadach z 14.12.2012 r. (zwana dalej OUP) K. P. Jaki i Spółka Silver-Carbo mogą przyjmować przedmiotowe odpady.

Odwołujący oświadczył, że sprawdzał w bazie danych odpadowych BDO zarówno Spółkę Silver-Carbo oraz firmę P. i nie znalazł decyzji środowiskowych.

Podkreślił, że podmioty te posiadają zezwolenie na transport, natomiast w żaden sposób nie udowodniły możliwości przyjęcia odpadu ani nie wskazały dokładnie miejsca jego zagospodarowania.

Wskazał również, że wykonawca W. C. założył jedynie 15 000 złotych rezerwy budżetowej na tzw. okoliczności nieprzewidziane. Rezerwa ta nie pokryje ww. braków i niedoszacowań, w związku z czym przyjąć należy, iż wykonawca ten nie jest w stanie zrealizować niniejszego zadania za cenę wskazaną w ofercie.

Przypomniał, że z obowiązkiem udowodnienia przez Wykonawcę, że jego oferta nie zawiera ceny rażąco niskiej wiąże się obowiązek obiektywnej i wnikliwej oceny tych wyjaśnień przez Zamawiającego. Przyjmuje się bowiem, iż nie tylko wyjaśnienia, dane i dowody wskazane przez wykonawcę powinny być na tyle konkretne, aby możliwa była ich weryfikacja oraz ocena wiarygodności, lecz również, iż wykonawcy mają prawo oczekiwać, że złożone w postępowaniu oferty i wyjaśnienia zostaną ocenione zgodnie z wyartykułowanymi przez zamawiającego wymaganiami oraz na podstawie ustawy, w poszanowaniu zasad udzielania zamówień publicznych.

Według Odwołującego - zgodnie z zasadami określonymi w art. 7 ust. 1 dawnej ustawy Pzp, Zamawiający jest zobowiązany wymagać wyjaśnień pełnych i obiektywnych, potwierdzonych dowodami dotyczącymi sposobu kalkulacji ceny oferty w równym stopniu od wszystkich wykonawców biorących udział w postępowaniu. Zamawiający nie może opierać się w tym zakresie wyłącznie na własnej wiedzy i informacjach ogólnodostępnych. Zgodnie z art. 90 ust. 2 ustawy Pzp 2004 obowiązek wykazania, że oferta nie zawiera ceny rażąco

niskiej spoczywa wyłącznie na wykonawcy. Zamawiający nie może zwolnić wykonawcy z tego obowiązku.

Pismem z dnia 19 kwietnia 2021 r. Przystępujący zgłosił swoje przystąpienie do postępowania odwoławczego po stronie Zamawiającego.

Krajowa Izba Odwoławcza ustaliła i zważyła, co następuje.

Na podstawie zebranego w sprawie materiału dowodowego, a w szczególności w oparciu o treść akt sprawy odwoławczej, w tym treść SIWZ, oferty Przystępującego, pisma Zamawiającego z dnia 4 lutego 2021 r. wzywającego do wyjaśnienia rażąco niskiej ceny, odpowiedzi Przystępującego z dnia 9 lutego 2021 r. wyjaśniającej rażąco niską cenę wraz z dowodami, odpowiedzi Zamawiającego na odwołanie z dnia 13 maja 2021 r., sprzeciwu Przystępującego z dnia 17 maja 2021 r., jak również na podstawie złożonych wyjaśnień Izba postanowiła odwołanie oddalić.

Odwołanie nie zawierało braków formalnych, wpis został przez Odwołującego uiszczony, zatem odwołanie podlegało rozpoznaniu. Izba nie stwierdziła przesłanek do jego odrzucenia.

Po przeprowadzeniu postępowania odwoławczego Izba nie doszukała się w działaniach Zamawiającego naruszenia przepisów art.89 ust.1 pkt 4, art.90 ust.2 i 3, art.91 ust.1 ustawy z dnia 29 stycznia 2004 r. - Prawo zamówień publicznych (t.j. Dz. U. z 2019 r., poz. 1843 ze zm.), zwanej dalej starą lub dawną ustawą Pzp.

Rozpoznając meritum przedmiotowej sprawy należy wskazać, że podstawowym, istotnym zagadnieniem wymagającym rozstrzygnięcia była kwestia oceny czy oferta Przystępującego powinna zostać odrzucona przez Zamawiającego z powodu zaoferowania przez tego wykonawcę oferty z rażąco niską ceną.

Zebrany w sprawie materiał dowodowy doprowadził Izbę do przekonania, że nie potwierdził się zarzut istnienia rażąco niskiej ceny zaoferowanej przez Przystępującego.

Należy wskazać, że zgodnie z art. 90 ust.1 cyt. wyżej ustawy Pzp, jeżeli zaoferowana cena lub koszt, lub ich istotne części składowe, wydają się rażąco niskie w stosunku do przedmiotu zamówienia i budzą wątpliwości zamawiającego co do możliwości wykonania przedmiotu zamówienia zgodnie z wymaganiami określonymi przez zamawiającego lub

wynikającymi z odrębnych przepisów, zamawiający zwraca się o udzielenie wyjaśnień, w tym złożenie dowodów, dotyczących wyliczenia ceny lub kosztu, w szczególności w zakresie:

1) oszczędności metody wykonania zamówienia, wybranych rozwiązań technicznych, wyjątkowo sprzyjających warunków wykonywania zamówienia dostępnych dla wykonawcy, oryginalności projektu wykonawcy, kosztów pracy, których wartość przyjęta do ustalenia ceny nie może być niższa od minimalnego wynagrodzenia za pracę albo minimalnej stawki godzinowej, ustalonych na podstawie przepisów ustawy z dnia 10 października 2002 r. o minimalnym wynagrodzeniu za pracę (Dz. U. z 2015 r. poz. 2008 oraz z 2016 r. poz. 1265);

2) pomocy publicznej udzielonej na podstawie odrębnych przepisów.

3) wynikającym z przepisów prawa pracy i przepisów o zabezpieczeniu społecznym, obowiązujących w miejscu, w którym realizowane jest zamówienie;

4) wynikającym z przepisów prawa ochrony środowiska;

5) powierzenia wykonania części zamówienia podwykonawcy.

1a. W przypadku gdy cena całkowita oferty jest niższa o co najmniej 30% od:

1) wartości zamówienia powiększonej o należny podatek od towarów i usług, ustalonej przed wszczęciem postępowania zgodnie z art. 35 ust. 1 i 2 lub średniej arytmetycznej cen wszystkich złożonych ofert, zamawiający zwraca się o udzielenie wyjaśnień, o których mowa w ust. 1, chyba że rozbieżność wynika z okoliczności oczywistych, które nie wymagają wyjaśnienia;

2) wartości zamówienia powiększonej o należny podatek od towarów i usług, zaktualizowanej z uwzględnieniem okoliczności, które nastąpiły po wszczęciu postępowania, w szczególności istotnej zmiany cen rynkowych, zamawiający może zwrócić się o udzielenie wyjaśnień, o których mowa w ust. 1.

Izba ustaliła, że Zamawiający na zasadzie wskazanej w powołanych wyżej przepisach takie postępowanie wyjaśniające rażąco niską cenę przeprowadził, a Przystępujący wezwany do takich wyjaśnień zastosował się do niego przedkładając wyjaśnienia wraz z dowodami.

Przechodząc do rozpoznania zgłoszonego zarzutu odwołania odnoszącego się do rażąco niskiej ceny, wymaga wskazania, że ciężar dowodowy wynikający z art. 90 ust. 2 i art. 190 ust. 1a starej ustawy Pzp nakładający na Przystępującego obowiązek udowodnienia braku rażąco niskiej ceny aktualizuje się w sytuacji, gdy powstanie domniemanie istnienia rażąco niskiej ceny, które tworzy się dopiero po wszczęciu postępowania wyjaśniającego rażąco niską cenę w trybie przepisu art. 90 ust. 1 ustawy Pzp.

W rozpoznawanej sprawie takie wątpliwości Zamawiający zasygnalizował w piśmie z dnia 4 lutego 2021 r. wzywającym Przystępującego do wyjaśnienia rażąco niskiej ceny.

Izba ustaliła, że Zamawiający działając na podstawie art. 90 ust. 1 ustawy Prawo zamówień publicznych, w związku z ustaleniem, iż zaproponowana w aukcji elektronicznej przez Przystępującego cena wzbudziła jego uzasadnione wątpliwości, co do możliwości wykonania przedmiotu zamówienia zgodnie z wymaganiami określonymi przez Zamawiającego — była niższa o ponad 30% od średniej z ofert złożonych w przedmiotowym postępowaniu (wynoszącej 1 742 368,47 zł brutto) oraz o ponad 30% od wartości szacunkowej przedmiotu zamówienia (wynoszącej 1 600 500 zł), zwrócił się o udzielenie wyjaśnień, w tym złożenie dowodów, dotyczących elementów oferty mających wpływ na wysokość ceny.

Izba stwierdziła, że Zamawiający w powyższym wezwaniu 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, kosztów 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, pomocy publicznej udzielonej 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, powierzenia wykonania części zamówienia podwykonawcy.

Zamawiający poinstruował Przystępującego, że w wyjaśnieniach należy podać wszelkie obiektywne czynniki odnoszące się do elementów oferty i mające znaczenie dla należytej realizacji zamówienia oraz elementy oferty mające wpływ na wysokość ceny oraz rodzaje i wysokość kosztów realizacji poszczególnych elementów.

Wyjaśnienia miały zawierać element kalkulacyjny, a Wykonawca był 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.

Według żądania Zamawiającego - Przystępujący był obowiązany 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. Zgodnie z Rozporządzeniem Rady Ministrów z dnia 18 września 2019 r. w sprawie wysokości minimalnego wynagrodzenia za pracę oraz wysokości minimalnej stawki godzinowej w 2020 r., od 01.01.2021 r. minimalne wynagrodzenia za pracę ustalone zostało w wysokości 2 800,00 zł. Minimalną stawkę godzinową ustalono w wysokości 18,30 zł.

Zamawiający powiadomił również wykonawcę, że z zaprezentowanej w jego wyjaśnieniach szczegółowej kalkulacji ceny 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, a także to, że w kalkulacji należy uwzględnić koszt pracodawcy wynikający z ustawy o systemie ubezpieczeń społecznych.

Jednocześnie Zamawiający poinformował Przystępującego, iż zgodnie z art. 90 ust. 2 ustawy Prawo zamówień publicznych obowiązek wykazania, że oferta nie zawiera rażąco niskiej ceny lub kosztu spoczywa na Wykonawcy.

Dodatkowo, Zamawiający przypomniał Przystępującemu, iż na mocy art. 90 ust. 3 ustawy Prawo zamówień publicznych Zamawiający jest zobowiązany odrzucić ofertę Wykonawcy, który nie udzielił wyjaśnień, lub jeżeli dokonana ocena złożonych przez Wykonawcę wyjaśnień oraz dostarczonych dowodów potwierdzi, że oferta zawiera rażąco niską cenę lub koszt w stosunku do przedmiotu zamówienia.

W następstwie tego wezwania Przystępujący w piśmie z dnia 9 lutego 2021 r. wyjaśnił brak rażąco niskiej ceny i załączył liczne dowody, które miały na celu obalenie zarzutu rażąco niskiej ceny.

Izba ustaliła, że Przystępujący poinformował Zamawiającego, że cena w jego ofercie w kwocie 1 063 000,00 zł brutto (cena oferty: 864 227,64 zł netto, koszty realizacji: 791 488,50 zł netto, zysk: 56 909,37 zł netto plus zysk z przekazania odpadu wody i mułów w wysokości 350 000,00 zł netto) jest oszacowana na podstawie dokumentacji przetargowej (SIWZ, projekt rozbiórki, przedmiar).

Przystępujący wskazał, że kwotę jaką Zamawiający zamierza przeznaczyć na sfinansowanie zamówienia w wysokości 1 600 500,00 brutto została wyliczona na podstawie KNR.

W swoich wyjaśnieniach przyznał, że metoda obliczania ceny wykonania danej roboty według katalogów KNR może być pomocna w określaniu wartości zamówienia, które dotyczy budowy obiektów i konstrukcji (w niniejszym zamówieniu dot. odtworzenia ściany oraz wykonania fundamentu).

Zastrzegł jednak, że w przypadku robót rozbiórkowych, wyburzeniowych, a nawet ziemnych okazuje się ona całkowicie archaiczna, bowiem założenia tam zawarte nie odnoszą się w sposób odpowiedni do rzeczywistego procesu technologicznego i procesu zarządzania, który będzie wykorzystany przez Przystępującego podczas wykonywania przedmiotowego zamówienia.

Dodatkowo w odniesieniu do wezwania Zamawiającego Przystępujący udzielił następującej odpowiedzi:

1) Oszczędność metody wykonania zamówienia, wybranych rozwiązań technicznych, wyjątkowo sprzyjające warunki wykonania zamówienia dostępnych Wykonawcy.

Wykonawca oświadczył, że posiada kadrę pracowników posiadających wymagane uprawnienia do realizacji niniejszego zamówienia zgodnie z wytycznymi Zamawiającego. Wszyscy pracownicy są zatrudnieni na podstawie umowy cywilno-prawnej. Stwierdził, że niniejsze zamówienie zamierza wykonać metodą mechaniczną przy użyciu koparek wyburzeniowych wyposażonych w wymienny osprzęt wspomaganą rozbiórką ręczną. Załadunek odpadów również odbywać się będzie mechanicznie przy użyciu koparki lub ładowarki. Duży wpływ na obniżenie kosztów, tym samym na cenę oferty Przystępującego ma możliwość ponownego użycia materiałów pochodzących z rozbiórki w celu uniknięcia opłat za utylizację odpadów — zgodnie z Ustawą o odpadach. Wytworzony podczas prac rozbiórkowych gruz zamierza przekazać jednej z firm, z którą współpracuje co sprawi, iż nie poniesie żadnych kosztów związanych z utylizacją gruzu. Dodatkowy wpływ na wartość jego oferty ma możliwość przekazania odpadów w postaci wody oraz mułów jednej z firm z którą współpracuje. W związku z otrzymaną ofertą firmy SILVER CARBO jest w stanie uzyskać dodatkowy przychód, co zostało uwzględnione w kalkulacji.

2) Koszty pracy.

Przystępujący stwierdził, że przyjęta przez niego stawka godzinowa wynosi 23,00 zł i jest ona wyższa od minimalnego wynagrodzenia za pracę ustalonego na podstawie przepisów ustawy z dnia 15 października 2002 r. o minimalnym wynagrodzeniu za pracę (Dz. U. z 2017 r. poz.847) zgodnie z Rozporządzeniem Rady Ministrów z dnia 15 września 2020 r. sprawie minimalnego wynagrodzenia za pracę oraz wysokości minimalnej stawki godzinowej w 2021 r.

3) Pomoc publiczna udzielona na podstawie odrębnych przepisów.

Oświadczył, że Wykonawca nie korzysta i nie zamierza korzystać z pomocy publicznej.

4) Wynikających z przepisów prawa pracy i przepisów o zabezpieczeniu społecznym, obowiązującym w miejscu, w którym realizowane jest zamówienie.

Stwierdził, że żaden z przepisów prawa pracy i przepisów o zabezpieczeniu społecznym nie mają wpływu na zaoferowaną przez niego cenę.

5) Wynikających z przepisów prawa ochrony środowiska.

Przepisy dotyczące prawa ochrony środowiska zostały uwzględnione w jego kalkulacji i dotyczą utylizacji materiałów porozbiórkowych.

6) Powierzenia wykonania części zamówienia podwykonawcy

Obecnie na tym etapie postępowania nie zamierza zgłaszać podwykonawców.

Na zakończenie poinformował, że cena jego oferty jest adekwatna do obecnych realiów panujących na rynku wyburzeniowym.

Dodatkowo poinformował, iż przy dobrej organizacji robót, odpowiedniej ilości sprzętu oraz kadry pracowników możliwym jest skrócenie terminu realizacji co znacząco wpłynie na poniesione koszty.

Przystępujący wyjaśnił, że Cena ofertowa netto to 864 227,64 zł, koszty realizacji netto: 791 488,50 zł, koszty pośrednie (2%) to 15 829,77 zł, zysk netto: 56 909,37 zł, przychód z przekazania odpadu wody i mułów: 350 000, 00 zł, zysk netto: 406 909,37 zł.

Izba ustaliła, że Przystępujący do powyższych wyjaśnień załączył następującą kalkulację:

Koszty realizacji

Zabezpieczenie i oznakowanie terenu	4 000,00 zł
Geodezja	1 300,00 zł
Zaplecze budowy	3 000,00 zł
Transport ziemi (materiał własny) — zgodnie z ofertą firmy Foxmet	28 800,00 zł
Transport złomu: 7,5t Robocizna:	500,00 zł
Operator sprzętu: 45 dni x 8h x 23,00 x 2 osoby	16 560,00 24 840,00

.	Spawacz/Przepalacz: 45 dni x 8h x 23,00	8 280,00	zł
.	Transport sprzętu zgodnie z ofertą firmy Foxmet	3 000,00	zł
.	Praca sprzętu 2 szt.: 171 x 4,00 zł + 15% x 8h 625,60 zł x 45 dni x 2	56 304,00	zł
.	Praca sprzętu innego	10 000,00	zł
0.	Kierownik budowy: 45 dni x 8h x 30,00	10 800,00	zł
1.	Dozór ruchu w specjalności mechanicznej: 45 dni x 8h x 27,00 zł	9 720,00	zł
2.	Wywóz i utylizacja gruzu zgodnie z ofertą firmy SILVER CARBO	-	zł
3.	Koszt zasypiania wykopów z transportem: 4351 Ot x 14,00zł/t	609 140,00	zł
4.	Koszty utylizacji odpadu papy: 1, lt x 510,00 + 200zł/kurs	761,00	zł
5.	Koszt utylizacji odpadu szkła: 0,150t x 450,00 + 200zł/kurs	267,50	zł
6.	Utylizacja odpadów ogólnobudowlanych: 4,5t x 600,00zł + 200 koszt	2 900,00	zł
7.	transportu		
	Koszt zakupu trawy 24 worki x 194,00 zł	4 656,00	zł
8.	Koszty inne (gazy techniczne, dojazd pracowników, ochrona - własny	4 500,00	zł
1.	monitoring)		
	Koszty nieprzewidziane	15 000,00	zł
2.	Utylizacja wody i osadów zgodnie z załącznikiem od firmy SILVER	-	zł
5.	CARBO		
	Likwidacja przyłączy dochodzących do budynku z zaczopowaniem	2 000,00	zł
7.			
		SUMA 791 488,50	zł
		864 227,64	zł
	Cena ofertowa netto:	zł	
	Koszty realizacji netto:	791 488,50	zł
	Koszty pośrednie (2%)	15 829,77	zł

Zysk netto: 56 909,37 zł
Przychód z przekazania odpadu wody i mułów: 350 000,00 zł
Zysk netto: 406 909,37 zł

Dodatkowo, Izba ustaliła, że Przystępujący do powyższej kalkulacji załączył oferty z rynku w celu potwierdzenia wiarygodności powyższych wyliczeń.

Po przeanalizowaniu powyższych wyjaśnień przedstawionych przez Przystępującego Izba doszła do przekonania, że były one wystarczające do udowodnienia braku wystąpienia w ofercie Przystępującego rażąco niskiej ceny.

Odnosnie kwestionowanego przez Odwołującego kosztu transportu ziemi Izba oparła się o dowód z oferty Foxmet sp. z o.o. zgodnie z którą zaoferowano transport ziemi w ilości ok. 3500 ton z Czerwionki-Leszczyn do Katowic (teren KWK Wieczorek II) za łączną kwotę 28 800,00 zł netto (słownie dwadzieścia osiem tysięcy osiemset złotych).

Wnioskowanie Odwołującego zawarte w odwołaniu odnoszące się do powyższego kosztu Izba uznała za nie dowiedzione, a oczekiwanie od Przystępującego złożenia dodatkowego dowodu, że oferent przedmiotowy materiał posiada oraz że jest on akceptowalny do zasypu jest żądaniem nadmiernym, w aspekcie treści powyższego wezwania Zamawiającego.

W zakresie zarzutu dotyczącego braku wskazania kosztu transportu płyt betonowych Izba wzięła pod uwagę oświadczenie firmy Silver Carbo sp. z o.o. z dnia 9 lutego 2021 r., że jest ona w stanie nieodpłatnie przyjąć odpady gruzu ceglanego i betonowego pochodzącego z rozbiórek na terenie Śląska, w tym z kopalń podlegających SRK S.A., a koszt transportu ponosi odbierający.

Podobnie za nieudowodnioną Izba uznała kalkulację Odwołującego przedstawioną w odwołaniu dotyczącą kosztu pracy sprzętu. W tym zakresie Izba dała wiarę wyliczeniu Przystępującego z pozycji 8 powyższej kalkulacji.

Wymaga podkreślenia, że kluczowe znaczenia dla obalenia domniemania rażąco niskiej ceny ma wyjątkowo sprzyjająca dla Przystępującego okoliczność wynikająca z oferty firmy Silver Carbo sp. z o.o. z dnia 9 lutego 2021 r., gdzie oświadczone, że za odbiór i utylizację następujących odpadów (woda i osady mułowe) o kodzie: ex 01 04 12, ex 01 04 81

firma ta zapłaci cenę 10,00 netto za 1m³ (cena zawiera transport). Odbiór odpadów z Katowic.

Jednocześnie w postępowaniu odwoławczym Przystępujący dowiódł, że powyższy wykonawca ma zezwolenie na transport i pośrednictwo w obrocie wskazanymi odpadami.

Dodatkowo, Izba ustaliła, że podmiot ten w dalszej kolejności zbywa i przekazuje powyższe odpady firmie J. S. prowadzącej działalność gospodarczą pod firmą Truck Lider J. S. z siedzibą we Wrocławiu, która posiada zezwolenie na przetwarzanie powołanych wyżej odpadów, co potwierdza decyzja Starosty Mikołowskiego z dnia 23 sierpnia 2017 r.

Za wiarygodne i zgodne z treścią powyższej decyzji Izba uznała oświadczenie Przystępującego, że podmiot ten prowadzi działalność również w rekultywacji wyrobisk górniczych i z tego tytułu otrzymuje wynagrodzenie, i wynagrodzenie to umożliwi zakup materiałów do zasypywania tego rodzaju wyrobisk.

Powyższa ocena Izby koresponduje i wyjaśnia wątpliwości Odwołującego, który powołał się na decyzję z dnia 23.08.2017 r., strona 3, punkt IV, gdzie wskazano miejsce magazynowania odpadów – odpady nie będą magazynowane, lecz bezpośrednio poddawane przetwarzaniu, co potwierdza, że będą one służyły do wypełniania niekorzystnie ukształtowanego terenu, dotyczy to zarówno gruzu, jak i mułu.

Z powyższych względów należało uwzględnić w wyjaśnieniach Przystępującego bardzo istotne nadwyżki w uzyskiwanym zysku.

Reasumując, wyjaśnienia Przystępującego zawierały kalkulację składowych ceny pozwalających na ocenę kosztów objętych wątpliwościami Zamawiającego.

Ostatecznie, wymaga podkreślenia, że wyjaśnienia Przystępującego zawierają wskazania kosztów osobowych, kosztów materiałów, kosztów pośrednich, marży, a także zysku na kontrakcie, które to elementy mają podstawowe znaczenie dla oceny możliwości wykonania zamówienia w sposób należyty.

Zdaniem Izby – rażąco niska cena przedstawia wartość nierzeczywistą, oderwaną o cen rynkowych, poniżej kosztów wykonania przedmiotu zamówienia. Powyższe wyjaśnienia Przystępującego mogły doprowadzić Zamawiającego do uznania jej za cenę rynkową.

W takim przypadku Zamawiający nie był zobowiązany do zastosowania przepisu art. 90 ust.3 ustawy 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.

W związku z tym – według zapatrywania Izby - Zamawiający mógł dokonać oceny zaoferowanej ceny i zawartych w niej kosztów w sposób wszechstronny, z należytą starannością, zgodnie z treścią przepisu art. 90 ust.3 ustawy Pzp, co skutkuje również koniecznością przyjęcia, że w takich warunkach Przystępujący skorzystał z możliwości przeprowadzenia skutecznie postępowania dowodowego w trybie przepisu art.90 ust.2 ustawy Pzp.

W ocenie Izby – Zamawiający miał pełny obraz dotyczący zaoferowanej przez Przystępującego ceny, a wobec tego dokonana przez niego ocena wyjaśnień na podstawie przedstawionych niezbędnych w tej sprawie dowodów złożonych, potwierdziła, że oferta ta nie zawiera rażąco niskiej ceny lub kosztów w stosunku do przedmiotu zamówienia, bowiem Przystępujący skutecznie obalił domniemanie rażąco niskiej ceny.

Mając powyższe na uwadze, Izba uznała, że Zamawiający nie miał podstawy prawnej do odrzucenia oferty Przystępującego na zasadzie art.89 ust.1 pkt 4 ustawy Pzp, bowiem wykonawca ten składając swoje wyjaśnienia wraz ze szczegółową kalkulacją ceny oraz dowodami wykazał, że oferta ta nie zawiera rażąco niskiej ceny lub kosztu w stosunku do przedmiotu zamówienia.

Z tych wszystkich powodów, Izba uznała, że Zamawiający nie miał dostatecznych podstaw prawnych do odrzucenia oferty Przystępującego na zasadzie art. 89 ust.1 pkt 4 ustawy Pzp.

W tym stanie rzeczy Izba na podstawie art. 553 ustawy z dnia 11 września 2019 r. - Prawo zamówień publicznych (t.j. Dz. U. z 2019 r., poz. 2019 wraz z późn. zm.), zwanej dalej ustawą Pzp postanowiła oddalić odwołanie.

O kosztach postępowania odwoławczego orzeczono na podstawie art. 574 i art.576 ustawy Pzp, stosownie do wyniku postępowania, z uwzględnieniem przepisów 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 od odwołania (Dz.U. z 2020 r. poz. 2437).

Przewodniczący:.....