Sygn. akt: KIO 207/19

WYROK

z dnia 25 lutego 2019 r.

Krajowa Izba Odwoławcza - w składzie:

Przewodniczący:Katarzyna Brzeska

Protokolant: Marta Słoma

po rozpoznaniu na rozprawie w dniu 21 lutego 2019 r. w Warszawie odwołania wniesionego w dniu 5 lutego 2019 r. przez **wykonawcę Recycling Logo Group Sp. z o.o. Sp. K. z siedzibą w Rudzie Śląskiej**w postępowaniu prowadzonym przez **Zamawiającego: Spółkę Restrukturyzacji Kopalń S. A. z siedzibą w Bytomiu**
przy udziale **wykonawcy FOXMET Sp. z o.o. z siedzibą w Czerwionce-Leszczynach**zgłaszającego przystąpienie po stronie Zamawiającego

orzeka:

1. **Uwzględnia odwołanie i nakazuje Zamawiającemu unieważnienie czynności wyboru najkorzystniejszej oferty oraz odrzucenie oferty wykonawcy FOXMET Sp. z o.o. z siedzibą w Czerwionce-Leszczynach na podstawie art. 89 ust. 1 pkt 4 ustawy Pzp w zw. z art. 90 ust. 3 ustawy Pzp z uwagi, iż złożone wyjaśnienia potwierdzają, że oferta zawiera rażąco niską cenę;**
2. **W pozostałym zakresie odwołanie oddala;**
3. Kosztami postępowania obciąża **wykonawcę FOXMET Sp. z o.o. z siedzibą w Czerwionce-Leszczynach** i:
   1) zalicza w poczet kosztów postępowania odwoławczego kwotę **10 000 zł 00 gr.** (słownie: dziesięć tysięcy złotych zero groszy), uiszczoną przez **wykonawcę Recycling Logo Group Sp. z o.o. Sp. K. z siedzibą w Rudzie Śląskiej** tytułem wpisu od odwołania,
   2) zasądza od **wykonawcy FOXMET Sp. z o.o. z siedzibą w Czerwionce-Leszczynach**kwotę **13 600 zł 00 gr.** (słownie: trzynaście tysięcy sześćset złotych zero groszy) na rzecz **wykonawcy Recycling Logo Group Sp. z o.o. Sp. K. z siedzibą w Rudzie Śląskiej**stanowiącą koszty strony poniesione z tytułu uiszczonego wpisu oraz koszty strony poniesione z tytułu wynagrodzenia pełnomocnika.

Stosownie do art. 198a i 198b ustawy z dnia 29 stycznia 2004 r. - Prawo zamówień publicznych (t.j. Dz. U. z 2018 r., poz. 1986 z późn. zm.) na niniejszy wyrok - w terminie 7 dni od dnia jego doręczenia - przysługuje skarga za pośrednictwem Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej do Sądu Okręgowego w **Katowicach.**

Przewodniczący:

……

Sygn. akt KIO 207/19

U z a s a d n i e n i e

Zamawiający – Spółka Restrukturyzacji Kopalń S. A. z siedzibą w Bytomiu prowadzi w trybie przetargu nieograniczonego, na podstawie ustawy z dnia 29 stycznia 2004 r. – Prawo zamówień publicznych (zwanej dalej również „*ustawą Pzp*"), postępowanie o udzielenie zamówienia na: „*Rozbiórka 9 obiektów budowlanych ZPMW zlokalizowanych na terenie SRK S.A. KWK „Krupiński" Oddział w Suszcu wraz z likwidacją przyłączyinstalacji, urządzeń technicznych oraz pozostałego wyposażenia*".

Wartość zamówienia nie przekracza kwot określonych w przepisach wydanych na podstawie art. 11 ust. 8 ustawy Pzp.

Wykonawca Recycling Logo Group Sp. z o.o. Sp. K. z siedzibą w Rudzie Śląskiej (zwany dalej: „*Odwołującym*") w dniu 5 lutego 2019 r. (data wpływu do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej) złożył odwołanie na czynność wyboru najkorzystniejszej oferty wykonawcy FOXMET Sp. z o.o. z siedzibą w Czerwionce-Leszczynach, oraz zaniechanie odrzucenia oferty ww. wykonawcy na podstawie art. 89 ust. 1 pkt 4 w zw. z art. 90 ust. 3 ustawy Pzp oraz zaniechania wykluczenia wykonawcy na podstawie art. 24 ust. 1 pkt 12 ustawy Pzp. Odwołujący wniósł o unieważnienie czynności w postaci wyboru Zamawiającego w postaci wyboru najkorzystniejszej oferty to jest oferty nr 3 złożonej przez FOXMET Sp. z o.o. z siedzibą w Czerwionce-Leszczynach, nakazanie Zamawiającemu wykluczenie wykonawcy FOXMET Sp. z o.o. z siedzibą w Czerwionce-Leszczynach wobec braku spełniania przesłanek do udziału w postępowaniu na podstawie art. 24 ust 1 p 12 ustawy Pzp, nakazanie Zamawiającemu ponowne badanie ofert w przypadku braku uwzględnienia ww. zarzutu nakazanie Zamawiającemu odrzucenie oferty ww. wykonawcy jako oferty zawierającej rażąco niską cenę dopuszczenie i przeprowadzenie dowodów z dokumentów załączonych do niniejszego odwołania na ww. okoliczność: oświadczenia Pana J.W. na okoliczność braku spełniania przez wykonawcę FOXMET Sp. z o.o. z siedzibą w Czerwionce-Leszczynach przesłanek udziału w postępowaniu opisanych w 5.3.l.a SIWZ-to jest braku dysponowania kierownikiem budowy, aktualnych rynkowych cen usług nieujętych lub niedoszacowanych przez ww. wykonawcę w swojej ofercie, zasądzenie zwrotu kosztów postępowania wywołanych wniesieniem niniejszego odwołania wg norm przepisanych.

Podstawą wniesienia niniejszego odwołania była czynność Zamawiającego z dnia 31 stycznia 2019 r. tj. wyboru najkorzystniejszej oferty wykonawcy FOXMET Sp. z o.o. z siedzibą w Czerwionce-Leszczynach.

Uwzględniając dokumentację z przedmiotowego postępowania o udzielenie zamówienia publicznego, w tym w szczególności treść ogłoszenia o zamówieniu oraz postanowienia SIWZ, ofertę wykonawcy:FOXMET Sp. z o.o. z siedzibą w Czerwionce-Leszczynach - jak również oświadczenia i stanowiska stron oraz uczestnika postępowania złożone w trakcie rozprawy, skład orzekający Izby ustalił i zważył, co następuje:

Odwołanie, wobec nie stwierdzenia na posiedzeniu niejawnym braków formalnych oraz w związku z uiszczeniem przez Odwołującego wpisu, podlega rozpoznaniu. Ze względu na brak przesłanek uzasadniających odrzucenie odwołania Izba przeprowadziła rozprawę merytorycznie je rozpoznając.

Izba stwierdziła, że Odwołujący legitymuje się uprawnieniem do korzystania ze środków ochrony prawnej, o których stanowi przepis art. 179 ust. 1 ustawy Pzp.

Izba potwierdziła skuteczność przystąpienia do postępowania odwoławczego po stronie Zamawiającego wykonawcy FOXMET Sp. z o.o. z siedzibą w Czerwionce-Leszczynach. (zwanego dalej: „*Przystępującym*"). Wobec

uwzględnienia w całości zarzutów przez Zamawiającego Przystępujący wniósł sprzeciw.

Krajowa Izba Odwoławcza ustaliła i zważyła, co następuje:

Biorąc pod uwagę zgromadzony w sprawie materiał dowodowy, oświadczenia i stanowiska stron oraz uczestnika postępowania przedstawione podczas rozprawy, Izba uznała, iż odwołanie jest zasadne i zasługuje na uwzględnienie, choć nie wszystkie zarzuty potwierdziły się w zebranym przez Izbę materiale dowodowym.

Zarzut Odwołującego postawiany Zamawiającemu w przedmiocie zaoferowania ceny rażąco niskiej przez Przystępującego w świetle przedstawionego materiału dowodowego należało uznać za zasadny.

Zgodzić należało się z Odwołującym, że Przystępujący poprzez złożone wyjaśnienia z dnia 18 grudnia 2018 r. oraz 18 stycznia 2019 r. nie wykazał, że zaoferowana przez niego cena nie jest rażąco niska.

Zgodzić należało się z Odwołującym, że wyjaśnienia Przystępującego składane dwukrotnie nie zawierały odniesienia do szczegółowych wytycznych opisanych w art. 90 ust 1 w pkt 2-5. Przystępujący w swoich wyjaśnieniach koncentruje się tylko i wyłącznie wokół problematyki związanej z elementami dotyczącymi oszczędnej formy wykonania zadania. Przystępujący w składanych dwukrotnie wyjaśnieniach nie odnosił się do zakreślonego przez Zamawiającego aspektu związanego z pomocą publiczną czy też regulacjami prawa pracy. Przystępujący nie złożył żadnych dowodów potwierdzających, że zaoferowana cena nie jest rażąco niska. Nie złożył żadnych wyliczeń odnoszących się do kosztów pracy, nie złożył żadnych umów o pracę potwierdzających swoje wyliczenia i koszty związane z zatrudnieniem.

Izba podzieliła stanowisko wyrażone przez Odwołującego, że uzupełniająca odpowiedź Przystępującego z dnia 18 stycznia 2019r. zawierała de facto powielenie tych samych twierdzeń jak w piśmie z 18 grudnia 2018 r. Podobnie jak w piśmie z dnia 18 grudnia 2018 r. wyjaśnienia te są ogólne. Zgodzić należało się, że złożone wyjaśnienia nie dają możliwości obiektywnej weryfikacji jaka część kosztów stanowi wydatki .

Izba przychyliła się do stanowiska Odwołującego, że zgodnie z przepisami ustawy Pzp wykonawcy wezwany do wyjaśnień w trybie art. 90 ust. 1 ustawy Pzp zobowiązany jest do wykazania, udowodnienia Zamawiającemu, że zaoferowana cena nie jest rażąco niska, a nie tylko uprawdopodobnienia.

Jak słusznie zauważył Odwołujący powyższe oznacza, że wykonawca wyjaśniający musi przedstawić wszelkie dowody, które potwierdzą z prawdopodobieństwem graniczącym z pewnością, że możliwe będzie wykonanie przedmiotu zamówienia za cenę podaną w ofercie.

W ocenie Izby Przystępujący w złożonych wyjaśnieniach (zarówno w dniu 18 grudnia 2018 r. jak i 18 stycznia 2019 r.) nie wykazał prawidłowości zaoferowanej ceny. Złożone wyjaśnienia w zdecydowanej części są zbiorem ogólników i gołosłownych oświadczeń, niepozwalających zweryfikować faktycznej poprawności kalkulacji. Wyjaśnienia ty zostały sformułowane w taki sposób, że znaczna część ich treści mogłaby zostać złożona w innych postępowaniach, nie przedstawiają bowiem założeń i szczegółów dla potrzeb konkretnego przedmiotu zamówienia i określonych przez Zamawiającego wymagań. Wykonawca nie złożył dowodów odnoszących się do kosztów pracy.

Ponadto zgodzić należało się z Odwołującym, że Zamawiający dwukrotnie o to samo (ten sam zakres) wzywał Przystępującego o wyjaśnienia w zakresie rażąco niskiej ceny. Owszem zgodzić należało się z Odwołującym, że czynność taką można by uznać za usprawiedliwioną tylko wtedy, gdyby złożone wyjaśnienia dostarczyły informacji powodujących nowe, wymagające rozstrzygnięcia wątpliwości. Nie można jednak oczekiwać ponownego wezwania do wyjaśnień w tym samym zakresie, jeśli wykonawca w odpowiedzi na pierwsze wezwanie, nie wywiązał się ze spoczywającego na nim obowiązku, składając wyjaśnienia ogólne, nieprecyzyjne i gołosłowne – co miało miejsce w tym stanie faktycznym.

W konsekwencji w ocenie Izby - poddając analizie złożone przez Przystępującego wyjaśnienia z dnia 18 grudnia 2018 r. oraz 18 stycznia 2019 r. należało uznać, że Przystępujący nie wykazał, że zaoferowana przez niego cena nie jest rażąco niska. Złożone przez wykonawcę wyjaśnienia są ogólnikowe, a złożone dowody – nie potwierdzają rzetelności dokonanej kalkulacji zaoferowanej ceny.

Odnosząc się do złożonych przez Przystępującego dowodów i wyjaśnień na rozprawie należy zauważyć, że Izba zgodnie z art. 180 ust. 1 ustawy Pzp zobowiązana jest do badania czynności Zamawiającego – a w tym przypadku do zbadania, czy złożone wyjaśnienia przez Przystępującego potwierdzają, że złożona oferta zawiera rażąco niską cenę. Izba zaliczyła w poczet materiału dowodowego złożone dowody i wyjaśnienia jednak nie ulega wątpliwości, że przedmiotem oceny – wobec brzmienia art. 180 ust. 1 ustawy Pzp – mogą być wyłącznie złożone przez wykonawcę wyjaśnienia z dnia 18 grudnia 2018 r. oraz 18 stycznia 2019 r. Tym samym w rozpoznawanej sprawie złożone na rozprawie dowody należało uznać jako bezprzedmiotowe.

Dodatkowo – co również potwierdza stanowisko Izby wyrażone powyżej – zwrócić należy uwagę na treść art. 190 ust. 1a ustawy Pzp, z którego wynika że ciężar dowodu, że oferta nie zawiera rażąco niskiej ceny spoczywa w tym przypadku na wykonawcy, który ją złożył. W ocenie Izby Przystępujący – w przedstawionym stanie faktycznym – nie wykazał poprzez złożone wyjaśnienia (w tym i złożone dowody), że jego oferta nie zawiera rażąco niskiej ceny, do czego był zobowiązany przepisami ustawy Pzp. W konsekwencji w ocenie Izby należało nakazać Zamawiającemu unieważnienie czynności wyboru najkorzystniejszej oferty oraz odrzucenie oferty wykonawcy FOXMET Sp. z o.o. z siedzibą w Czerwionce-Leszczynach na podstawie art. 89 ust. 1 pkt 4 ustawy Pzp w zw. z art. 90 ust. 3 ustawy Pzp z uwagi, iż złożone wyjaśnienia potwierdzają, że oferta zawiera rażąco niską cenę.

Ponadto w ocenie Izby nie potwierdził się zarzut naruszenia art. 24 ust. 1 pkt 12 ustawy Pzp, jednak z uwagi na potwierdzenie się zarzutów odnoszących się do złożonych wyjaśnień w trybie art. 90 ust. 1 ustawy Pzp należało nakazać Zamawiającemu unieważnienie czynności wyboru najkorzystniejszej oferty oraz odrzucenie oferty Przystępującego.

W konsekwencji na podstawie art. 192 ust. 1 zdanie pierwsze ustawy Pzp Izba w punkcie 1 sentencji orzekła w formie wyroku, uwzględniając odwołanie. W punkcie 3 sentencji Izba orzekła o kosztach na podstawie art. 192 ust. 9 i 10 ustawy Pzp stosownie do jego wyniku, zaś zgodnie z § 3 pkt 1 lit. a) i b) rozporządzenia Prezesa Rady Ministrów z dnia 15 marca 2010 r. w sprawie wysokości i sposobu pobierania wpisu od odwołania oraz rodzajów kosztów w postępowaniu odwoławczym i sposobu ich rozliczania (dz. U. Nr 41, poz. 238 z późn. zm.), Izba zasądziła od Przystępującego na rzecz Odwołującego koszty strony poniesione z tytułu wpisu w kwocie 10.000 zł oraz koszty wynagrodzenia pełnomocnika w kwocie 3.600 zł.

Przewodniczący:

……