Sygn. akt: KIO 1060/19

WYROK

z dnia 27 czerwca 2019 r.

Krajowa Izba Odwoławcza - w składzie:

Przewodniczący: Ryszard Tetzlaff

Protokolant: Rafał Komoń

po rozpoznaniu na rozprawie w dniu 26 czerwca 2019 r. w Warszawie odwołania wniesionego do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej w 10 czerwca 2019 r. przez wykonawcę FOXMET Sp. z o.o., ul. Kopalniana 9a, 44-230 Czerwionka-Leszczyny w postępowaniu prowadzonym przez Spółkę Restrukturyzacji Kopalń S.A., ul. Strzelców Bytomskich 207, 41-914 Bytom

przy udziale wykonawcy Recycling Logo Group Sp. z o.o. Sp. k., ul Hutnicza 2, 41-709 Ruda Śląska zgłaszającego swoje przystąpienie do postępowania odwoławczego po stronie zamawiającego

orzeka:

1. umarza postępowanie w zakresie zarzutu dotyczącego zaniechanie wykluczenia z postępowania Przystępującego z uwagi na nie przedstawienie wraz z ofertą oświadczenia podmiotu udostępniającego zasoby o braku podstaw do wykluczenia z postępowania oraz w zakresie zarzutu dotyczącego tego, iż treść oferty Przystępującego nie odpowiada treści SIWZ, w zakresie w jakim wykonawca miał zatrudnić na podstawie umowy o pracę osoby wykazane w „Wykazie pracowników", tj. kierownika budowy, z uwagi na ich wycofanie.

2. uwzględnia odwołanie w zakresie zarzutu zaniechania odrzucenia oferty Przystępującego, mimo, iż niniejszy Wykonawca nie wykazał, że jego oferta nie zawiera ceny rażąco niskiej i nakazuje Zamawiającemu unieważnienie czynności wyboru oferty najkorzystniejszej z dnia 03.06.2019 r., jak i nakazuje

Zamawiającemu powtórzenie czynności badania i oceny ofert, w ramach których nakazuje odrzucenie oferty: Recycling Logo Group Sp. z o.o. Sp. k., ul Hutnicza 2, 41-709 Ruda Śląska na podstawie art. 89 ust.1 pkt 4 w zw. z art. 90 ust. 3 Prawa zamówień publicznych, z uwagi na potwierdzenie się wskazanego wyżej zarzutu. W pozostałym zakresie oddala odwołanie.

3. kosztami postępowania obciąża Spółkę Restrukturyzacji Kopalń S.A., ul. Strzelców Bytomskich 207, 41-914 Bytom i:

3.1. zalicza w poczet kosztów postępowania odwoławczego kwotę 10 000 zł 00 gr

(słownie: dziesięć tysięcy złotych zero groszy) uiszczoną przez wykonawcę FOXMET Sp. z o.o., ul. Kopalniana 9a, 44-230 Czerwionka-Leszczyny tytułem wpisu od odwołania,

3.2. zasądza od Spółki Restrukturyzacji Kopalń S.A., ul. Strzelców Bytomskich 207,

41-914 Bytom na rzecz FOXMET Sp. z o.o., ul. Kopalniana 9a, 44-230 Czerwionka-Leszczyny kwotę 13 600 zł 00 gr (słownie: trzynaście tysięcy sześćset złotych zero groszy) stanowiącą koszty postępowania odwoławczego poniesione z tytułu zwrotu kosztów wpisu oraz wynagrodzenia pełnomocnika.

Stosownie do art. 198a i 198b ustawy z dnia 29 stycznia 2004 r. - Prawo zamówień publicznych (t.j. Dz. U. z 16 października 2018 r. poz. 1986 ze 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 1060/19

Uzasadnienie

Postępowanie o udzielnie zamówienia publicznego prowadzone w trybie przetargu nieograniczonego pn.: „Rozbiórka 8 obiektów budowlanych ZPMWzlokalizowanych na terenie SRK SA, KWK „Krupiński" Oddział w Suszcu wraz z likwidacją przyłączy, instalacji, urządzeń technicznych oraz pozostałego wyposażenia" - znak sprawy: KWKK/33/18/19, zostało wszczęte ogłoszeniem w Biuletynie Zamówień Publicznych Nr 663886 - N - 2019, data zamieszczenia 21.12.2019 r., przez Spółka Restrukturyzacji Kopalń S.A., ul. Strzelców Bytomskich 207, 41-914 Bytom zwaną dalej: „Zamawiającym".

W dniu 03.06.2019 r. (e-mailem) Zamawiający poinformował o wyborze oferty najkorzystniejszej - Recycling Logo Group Sp. z o.o. Sp. k. Drugą pozycje w rankingu złożonych ofert zajęła oferta - FOXMET Sp. z o.o., ul. Kopalniana 9a, 44-230 Czerwionka-Leszczyny zwane dalej: „FOXMET Sp. z o.o."albo „Odwołującym".

W dniu 10.06.2019 r. (wpływ bezpośredni do Prezesa KIO) FOXMET Sp. z o.o. wniosła odwołanie na w/w czynność z 03.06.2019 r. Kopie odwołania Zamawiający otrzymał w dniu 10.06.2019 r. (e-mailem). Polegających na:

1. dokonaniu wyboru jako najkorzystniejszej oferty złożonej przez Recycling Logo Group Sp. z o. o.,

2. zaniechaniu wykluczenia z postępowania wykonawcy Recycling Logo Group Sp. z o. o.

3. zaniechaniu odrzucenia oferty wykonawcy Recycling Logo Group Sp. z o. o.

- w skutek czego w postępowaniu doszło do naruszenia:

1. art. 22 ust. 1 pkt 1) w zw. z 24 ust. 1 pkt 12) Pzp, poprzez zaniechanie wykluczenia z postępowania wykonawcy Recycling Logo Group, podczas gdy ww. wykonawca nie przedstawił wraz z ofertą oświadczenia podmiotu udostępniającego zasoby (Tree Polska Sp. z o. o., Lubna 50c, 05-532 Baniocha) o braku podstaw do wykluczenia z postępowania (załącznik nr 1 a do formularza oferty);

2. art. 24 ust. 1 pkt 12) Pzp, poprzez zaniechanie wykluczenia z postępowania wykonawcy Recycling Logo Group, podczas gdy ww. wykonawca nie wykazał, że spełnia warunki udziału w postępowaniu w zakresie zdolności technicznej lub zawodowej w odniesieniu do wymogu wykazania się doświadczeniem w wykonaniu rozbiórki obiektów budowlanych o łącznej wartości minimum 3,000.000,00 zł brutto;

3. art. 24 ust. 1 pkt 16) Pzp, poprzez zaniechanie wykluczenia z postępowania wykonawcy Recycling Logo Group, podczas gdy ww. wykonawca wprowadził Zamawiającego w błąd co do udziału innego podmiotu w wykonywaniu zamówienia, podczas gdy w rzeczywistości wykonawca zamierza zrealizować zamówienie samodzielnie bez korzystania z wiedzy i doświadczenia podmiotu trzeciego;

4. art. 89 ust. 1 pkt 4) w zw. z art. 90 ust. 3 Pzp, poprzez zaniechanie odrzucenia oferty Recycling Logo Group, podczas gdy ww. wykonawca nie wykazał, że jego oferta nie zawiera rażąco niskiej ceny;

5. art. 89 ust. 1 pkt 2) Pzp, poprzez zaniechanie odrzucenia oferty Recycling Logo Group, podczas gdy jej treść nie odpowiada treści SIWZ, w zakresie w jakim wykonawca miał:

- zatrudnić na podstawie umowy o pracę osoby wykazane w „Wykazie pracowników" (wykonawca zamierza zatrudnić kierownika budowy i kierownika robót na podstawie umowy zlecenia);

- wykonać roboty rozbiórkowe obiektu pod nazwą „Most przenośnikowy 3,4 - 3,5" koparką o zasięgu roboczym 30 m (wykonawca przewidział koparkę o zasięgu 28 m);

- wykonać roboty rozbiórkowe obiektu pod nazwą „Dyspozytornia zakładu" koparką o zasięgu roboczym 15 m (wykonawca przewidział koparkę o zasięgu 12 m);

- wykonać roboty rozbiórkowe obiektu pod nazwą „Budynek laboratorium chemicznego" koparką o zasięgu roboczym 15 m (wykonawca przewidział koparkę o zasięgu 12 m);

- wykonać roboty rozbiórkowe obiektu pod nazwą „Pomost nad przenośnikiem zał. węgla nad torem 19" koparką o zasięgu roboczym 15 m (wykonawca przewidział koparkę o zasięgu 12 m);

6. art. 91 ust. 1 Pzp, poprzez dokonanie wyboru oferty Recycling Logo Group, podczas gdy ww. wykonawca podlega wykluczeniu z Postępowania, a jego oferta podlega odrzuceniu;

Wobec wskazanych czynności Zamawiającego, którym zarzuca się niezgodność z przytoczonymi przepisami ustawy, Odwołujący wnosił o nakazanie Zamawiającemu:

1. unieważnienia czynności wyboru oferty najkorzystniejszej;

2. dokonania wykluczenia z postępowania wykonawcy Recycling Logo Group;

3. dokonania odrzucenia oferty złożonej przez Recycling Logo Group;

4. powtórzenia czynności oceny ofert i wyboru oferty najkorzystniejszej.

Brak złożenia wraz z ofertą oświadczenia Tree Polska Sp. z o. o.o. braku podstaw do wykluczenia z postępowania (załącznik nr 1 a do formularza oferty). Zgodnie z pkt 6.3 SIWZ, Wykonawca, który powołuje się na zasoby innych podmiotów w celu wykazania braku istnienia wobec nich podstaw wykluczenia oraz spełniania w zakresie w jakim powołują się na ich zasoby warunków udziału w postępowaniu składa Oświadczenie dotyczące podmiotu udostępniającego swoje zasoby o braku podstaw wykluczenia z postępowania o udzielenie zamówienia z powodu niespełnienia warunków w okolicznościach, o których mowa w art. 24 ust. 1 pkt. 13-22 i ust. 5 pkt. 1 ustawy (załącznik nr 1 a do druku „FORMULARZ OFERTOWY"). Wykonawca Recycling Logo Group przedstawił wraz z ofertą własne oświadczenie jako załącznik nr 1 a do druku „FORMULARZ OFERTOWY", zaś w ofercie nie przedstawiono żadnego innego oświadczenia firmy Tree Polska Sp. z o. o, o braku podstaw do wykluczenia z postępowania. _W tym stanie rzeczy wykonawca Recycling Logo Group nie zdołał wykazać, że nie podlega wykluczeniu z postępowania.

Brak wykazania spełniania warunków udziału w postępowaniu.Wykonawca Recycling Logo Group nie posiada własnego doświadczenia w wykonywaniu robót rozbiórkowych w skali wymaganej przez Zamawiającego (tj. robót o łącznej wartości minimum 3.000.000,00 zł brutto). W związku z powyższym wykonawca Recycling Logo Group usiłował wykazać, że na potrzeby wykonania zamówienia będzie korzystał z zasobów innego podmiotu - Tree

Polska Sp. z o. o., Lubna 50c, 05-532 Baniocha. Analiza treści formularza oferty, treści „Zobowiązania podmiotu trzeciego do oddania do dyspozycji wykonawcy niezbędnych zasobów na potrzeby wykonywania zamówienia" oraz treści wyjaśnień elementów oferty mających wpływ na wysokość ceny wskazuje, że mamy do czynienia z fikcyjnym korzystaniem ze zdolności podmiotu trzeciego. W załączniku nr 1 do formularza oferty wykonawca Recycling Logo Group oświadczył, że w celu wykazania spełniania warunków udziału w postępowaniu polega na zasobach firmy Tree Polska Sp. z o. o. w zakresie doświadczenia zawodowego (referencji) i zasobów sprzętowych. Z oferty nie wynika jednak czy wykonawca zamierza powierzyć ww. podmiotowi wykonanie części zamówienia (podwykonawstwo). Tymczasem, w punkcie 19.2.2 SIWZ Zamawiający wyraźnie zażądał wskazania przez wykonawcę części zamówienia, których wykonanie zamierza powierzyć podwykonawcom i podania przez wykonawcę firm podwykonawców. Brak jest zatem w ofercie Recycling Logo Group wyraźnego i jednoznacznego wskazania jakie części zamówienia wykonawca zamierza powierzyć do wykonania firmie Tree Polska Sp. z o. o. Zamawiający nie może domyślać się tego, bowiem oświadczenie wykonawcy dotyczące zakresu podwykonawstwa stanowi treść oferty, a tak jak wiadomo nie podlega negocjacjom. Ogólnikowa wzmianka na temat części zamówienia, jakie wykonawca zamierza powierzyć do wykonania firmie Tree Polska Sp. z o. o. została przekazana Zamawiającemu już po upływie terminu składania ofert, tj. w dokumencie pod nazwą „Oświadczenie o zamiarze powierzenia wykonania części zamówienia podwykonawcy" (zgodnie z art. 36b ust. 1 Pzp), gdzie Recycling Logo Group oświadczył, że zakres podwykonawstwa obejmuje jedynie wykonanie części rozbiórki obiektu kompleksowego oraz układanie płyt drogowych i ich demontaż. Wobec ustawowego zakazu modyfikowania treści oferty po upływie terminu składania ofert brak jest możliwości uznania takiego oświadczenia jako części oferty. Równie ogólnikowe w

swej treści jest zobowiązanie podmiotu trzeciego złożone wraz z wykazem robót na wezwanie Zamawiającego, gdzie Tree Polska Sp. z o. o. zobowiązała się wobec Recycling Logo Group do oddania niezbędnych zasobów, tj. „zdolności technicznych, w tym referencji dla potwierdzenia spełniania wymogów SIWZ", co również samodzielnie może świadczyć o fikcyjnym charakterze omawianego oświadczenia. Co istotne, treść zobowiązania Tree Polska Sp. z o. o. zawiera szerszy katalog udostępnionych zasobów niż wynika to z załącznika nr 1 do formularza oferty Recycling Logo Group.

- w ofercie (załącznik nr 1 do formularza oferty) podano zakres wykorzystanych zasobów: „doświadczenie zawodowe (referencje) i zasoby sprzętowe".

- W oświadczeniu podmiotu trzeciego wskazano szerszy zakres oddanych do dyspozycji zasobów: „personel, ciężki sprzęt wyburzeniowy podwykonawcy oraz doświadczenie".

Biorąc pod uwagę rozmiar prac wchodzących w zakres przedmiotu zamówienia oraz brak własnego doświadczenia i większego sprzętu po stronie Recycling Logo Group należy uznać, że wykonawca ten nie wykazał, że udział podmiotu trzeciego (Tree Polska Sp. z o. o.) w realizacji zamówienia będzie wystarczający dla skorzystania przez wykonawcę z zasobów tego podmiotu. W istocie mamy do czynienia z fikcyjnym „korzystaniem" z zasobów innego podmiotu, co uniemożliwia uznanie, że wykonawca wykazał spełnienie warunków udziału w postępowaniu. Zasadność zarzutów Odwołującego potwierdzają również wyjaśnienia elementów oferty mających wpływ na wysokość ceny składane przez Recycling Logo Group. Z wyjaśnień tych wynika jedynie, że wykonawca będzie korzystał z jednej koparki o zasięgu roboczym 45 m oraz koparko-ładowarki udostępnionej przez Tree Polska Sp. z o. o. W wyjaśnieniach nigdzie nie ma mowy o uczestnictwie podmiotu trzeciego w wykonaniu robót rozbiórkowych stanowiących przedmiot zamówienia. Reasumując, oddanie wykonawcy zasobów przez podmiot trzeci ma charakter fikcyjny i iluzoryczny, ogranicza się bowiem do „dysponowania referencjami" na potrzeby związane ze „spełnieniem wymogów SIWZ". W rzeczywistości, udział podmiotu trzeciego w wykonywaniu zamówienia będzie polegał jedynie na udostępnieniu dwóch maszyn (nie wiadomo czy z operatorami czy bez nich), natomiast nie ma mowy o faktycznym udziale tego podmiotu przy realizacji zamówienia. Czasowe wypożyczenie maszyn (nawet z operatorami) nie gwarantuje transferu wiedzy i doświadczenia podmiotu trzeciego do wykonawcy. Prawidłowe korzystanie przez wykonawcę z zasobów innego podmiotu wymagałoby ciągłego, stałego udziału tego podmiotu w procesie wykonywania zamówienia w charakterze podwykonawcy realizującego większość robót rozbiórkowych bądź też poprzez oddelegowanie brygadzisty czy kierownika budowy na czas realizacji zamówienia.

Wprowadzenie Zamawiającego w błąd. Oświadczenia złożone przez Recycling Logo Group w ofercie oraz w dokumentach składanych na potwierdzenie spełnienia warunków

udziału w postępowaniu wywołały u Zamawiającego błędne przeświadczenie, że wykonawca ten spełnia warunki udziału w postępowaniu. W praktyce, spełnianie warunków dotyczących zdolności technicznych i zawodowych w odniesieniu do wiedzy i doświadczenia miało zostać zapewnione poprzez udział w realizacji zamówienia innego bardziej doświadczonego

podmiotu. Na etapie składania wyjaśnień dotyczących elementów oferty mających wpływ na wysokość ceny ujawniło się, że wcześniejsze deklaracje wykonawcy miały na celu jedynie spełnienie formalnego wymogu (złożenie oświadczenia innego podmiotu wraz z wykazem robót i referencjami), podczas gdy w rzeczywistości Recycling Logo Group nie będzie mógł korzystać z zasobów tego podmiotu w wystarczającym stopniu. Powyższa sytuacja jest kwalifikowana przez przepisy ustawy Prawo zamówień publicznych (art. 24 ust. 1 pkt 16 Pzp) jako przesłanka do wykluczenia wykonawcy z postępowania.

Rażąco niska cena. Przechodząc do omówienia zarzutu niewykazania braku rażąco niskiej ceny w ofercie Recycling Logo Group należy zacząć od przypomnienia, że przedmiot zamówienia obejmuje rozbiórkę 8 obiektów budowlanych zakładu przeróbki mechanicznej węgla kamiennego zlokalizowanych na terenie byłej KWK „Krupiński" Oddział w Suszcu wraz z likwidacją przyłączy, instalacji, urządzeń technicznych oraz pozostałego wyposażenia. Zgodnie z projektem umowy (załącznik nr 3 do SIWZ), Zamawiający dopuścił częściowe fakturowanie po wykonaniu każdego z 8 obiektów osobno (§ 6 ust. 2), przy czym Zamawiający przewidział możliwość jednostronnej rezygnacji z całości lub części zakresu przedmiotu zamówienia (§ 19 ust. 3). Jednocześnie, umowa może zostać rozwiązana ze skutkiem ex nunc w przypadku ograniczenia działalności lub reorganizacji w jednostkach organizacyjnych Zamawiającego, powodujących możliwość wykorzystania uwolnionych środków produkcji lub potencjału ludzkiego do samodzielnej realizacji przez Zamawiającego świadczeń objętych przedmiotem umowy (§ 18 ust. 3 pkt 1). Działalność obejmująca restrukturyzację nieczynnych zakładów górniczych cechuje się dużą niepewnością co do stabilności decyzji politycznych i gospodarczych podejmowanych w związku zamykaniem poszczególnych kopalń, stąd też Zamawiający udzielając zamówienia Wykonawcy pozostawił sobie wiele możliwości pozwalających na ograniczenie zakresu zamówienia bądź całkowitą rezygnację z jego wykonania. Powyższe oznacza, że cena oferty Recycling Logo Group winna uwzględniać ryzyko ekonomiczne związane z ograniczeniem zakresu zamówienia przez Zamawiającego. Nacisk na uwzględnienie wspomnianego ryzyka w praktyce Zamawiającego odzwierciedla się w treści wezwań, jakie były kierowane do Recycling Logo Group w ramach procedury wyjaśnienia elementów oferty mających wpływ na wysokość ceny. Otóż, w ramach procedury przewidzianej art. 90 ust. 1 Pzp Zamawiający oczekiwał nie tylko ogólnego przedstawienia kosztów wykonania zamówienia, ale przede wszystkim oczekiwał przedstawienia szczegółowego wyliczenia osobno dla każdego obiektu

budowlanego przeznaczonego do rozbiórki. Tymczasem, wyjaśnienia udzielone w piśmie Recycling Logo Group z dnia 23 kwietnia 2019 r. zawierają jedynie częściowe zestawienie robocizny, sprzętu, materiałów i kosztów dodatkowych z podziałem na poszczególne obiekty. Wyjaśnienia wykonawcy nie zawierają jednak najważniejszych informacji pozwalających na weryfikację kalkulacji ceny oferty z uwzględnieniem kosztów i zysku z wykonania rozbiórki każdego obiektu z osobna. Wyjaśnienia nie pozwalają Zamawiającemu na ocenę, czy w przypadku ograniczenia zakresu zamówienia wykonawca zdoła z zyskiem wykonać poszczególne rozbiórki osobno. Tymczasem, w bliźniaczym postępowaniu (KWK K/34/18/19) Zamawiający odrzucił ofertę Odwołującego jedynie z tego względu, że cena wykonania rozbiórki jednego spośród 16 obiektów wydawała się rażąco niska. Świadczy to tym, że ewentualne niedobory w kalkulacji wykonania jednej rozbiórki nie mogą być kompensowane większymi zyskami z wykonania innej rozbiórki. Zamawiający tak skonstruował warunki przyszłej umowy, że wykonawca nie ma pewności czy i w jakim zakresie finalnie będzie realizował przedmiot zamówienia.

W ofercie wykonawca Recycling Logo Group oświadczył, że będzie polegać na zasobach innych podmiotów celem wykazania spełnienia warunków udziału w postępowaniu. W istocie wykonawca ograniczył zakres wykorzystywanych zasobów podmiotu trzeciego do „doświadczenia zawodowego (referencji) oraz zasobów sprzętowych". Wykonawca nie sprecyzował jaki sprzęt, w jakiej liczbie i na jaki okres czasu zostanie oddany do dyspozycji wykonawcy przez podmiot trzeci. W ofercie oraz w pismach stanowiących wyjaśnienie elementów oferty mających wpływ na wysokość ceny brak jest zmianki o liczbie, czy rodzaju personelu udostępnionego przez inny podmiot. Z wyjaśnień wynika jedynie, że wykonawca Recycling Logo Group podnajmuje koparkę o zasięgu roboczym 45 m za 144.000,00 zł netto oraz koparko- ładowarkę za 19.200,00 zł netto. Wykonawca nie wyjaśnia czy podane stawki obejmują pracę operatorów tych maszyn. W istocie wykonawca nie sprecyzował nawet czy te dwie koparki zostaną udostępnione przez podmiot udostępniający (Tree Polska Sp. z o. o.) czy też przez inny podmiot. W wyjaśnieniach brakuje informacji, czy i jaki zakres robót został powierzony do wykonania podmiotowi udostępniającemu wiedzę i doświadczenie. Dodatkowo zgodnie z dokumentacją projektową rozbiórkę części obiektów należy wykonać koparką o zasięgu roboczym 45 m. Nie wiemy czy wykonawca Recycling Logo Group posiada taką koparkę czy też pozyska ją od innego podmiotu. Z informacji zawartych na stronie internetowej firmy Tree Polska Sp. z o. o. wynika, że największa koparka jaką ten podmiot dysponuje posiada zasięg roboczy 41 m. Czy zatem Recycling Logo Group zamierza wynająć ten sprzęt od innego podmiotu? Czy też wykonawca zamierza wykorzystać koparkę o zasięgu 41 m usiłując wprowadzić Zamawiającego w błąd co do jej

rzeczywistych parametrów.

Zgodnie z § 5 ust. 1 projektu umowy, wykonawca lub podwykonawca w okresie realizacji zamówienia zatrudni na podstawie umowy o pracę w rozumieniu przepisów ustawy z dnia 26 czerwca 1974 r. - Kodeks pracy (Dz. U. z 2014 r., poz. 1502 z późn. zm.) osoby wykazane w „Wykazie pracowników", wykonujące powierzone czynności w realizacji zamówienia zatrudnione na stanowiskach; operatów maszyn i urządzeń budowlanych posiadających odpowiednie kwalifikacje i uprawnienia pracowników brygad rozbiórkowych, osób sprawujących bezpośredni nadzór nad pracami rozbiórkowymi - brygadziści. Tymczasem, zgodnie z wyjaśnieniami udzielonymi przez Recycling Logo Group kierownik budowy (p. T. K.) oraz Kierownik robót (p. L. M.) są zatrudnieni na umowę zlecenie, a nie umowy o pracę. Świadczy to o wadliwym skalkulowaniu ceny oferty.

Co do zysku ze sprzedaży kruszywa Recycling Logo Group nie wyjaśnił kto będzie kruszył pozyskany gruz, jaki sprzęt oraz operatorzy i od kogo będzie zaangażowany w tą operację. Dodatkowo, nie wiadomo gdzie będzie przetwarzany gruz w kruszywo (czy na terenie budowy czy na terenie bazy wykonawcy Recykling Logo Group). Podany zysk ze sprzedaży kruszywa (10 zł za 1 tonę) w żaden sposób nie został udokumentowany - brak dowodu, że wykonawca posiada nabywcę na kruszywo za zadeklarowaną cenę. Ponadto, wykonawca nie przedstawił dowodów na posiadanie stosownych uprawnień środowiskowych na przetwarzanie odpadów (gruzu) w kruszywo.

Co do samego przekruszenia gruzu w kruszywo, o czym wspomina Recykling Logo Group w zestawieniu materiałów, należy stwierdzić, że wyjaśnienia wykonawcy są na tyle enigmatyczne, że nie sposób poddać je kontroli. Wykonawca nie wskazuje czy dysponuje własną kruszarką czy też sprzęt będzie wypożyczał. W zestawieniu sprzętu wykonawca nie wymienił kruszarki. Wykonawca wspomina również o wykorzystaniu dwóch koparek, przy czym nie wiadomo czy są to te same koparki wykorzystywane w procesie rozbiórki czy też dodatkowe jednostki sprzętu. Wykonawca nie przedstawia żadnych informacji na temat procesu kruszenia oraz jego kosztów.

Rażąco niska cena realizacji rozbiórki obiektu pod nazwą „Pomost nad przenośnikiem zał. węgla nad torem 19". Jak wspomniano wyżej, w niniejszym postępowaniu prawidłowość kalkulacji ceny oferty należy badać nie tylko w odniesieniu do całości przedmiotu zamówienia ale również w odniesieniu do poszczególnych obiektów. W przypadku rozbiórki obiektu pod nazwą „Pomost nad przenośnikiem zał. węgla nad torem 19", przyjmując wartości czynników cenotwórczych podanych przez wykonawcę Recycling Logo Group należy stwierdzić, że koszty wykonania tej części zamówienia przewyższają przychód spodziewany z jego realizacji. Przy założeniu, że koszty opisane przez Recycling Logo Group jako pozycje stałe (nierozbite na poszczególne obiekty) dzielą się równo na poszczególne obiekty (po 1/8) koszty wykonania zadania wyniosłyby wg. kalkulacji wykonawcy 14.640,52 zł netto. Jeżeli koszty pozycji „stałych" zostałyby podzielone proporcjonalnie do czasu realizacji (z wyjątkiem geodety) wówczas otrzymalibyśmy kwotę 7.463,74 zł. Przy kwocie zaoferowanej przez Odwołującego (42 241,54 zł netto) powyższe wartości świadczą o tym, że cena oferty Recycling Logo Group jest ceną rażąco niską.

Niezgodność treści oferty z treścią SIWZ. Odwołujący podnosi, że treść oferty Recycling Logo Group nie odpowiada treści SIWZ, w następującym zakresie:

Wykonawca miał zatrudnić na podstawie umowy o pracę osoby wykazane w „Wykazie pracowników" (wykonawca zamierza zatrudnić kierownika budowy i kierownika robót na podstawie umowy zlecenia). Zgodnie z§ 5 ust. 1 projektu umowy, wykonawca lub podwykonawca w okresie realizacji zamówienia zatrudni na podstawie umowy o pracę w rozumieniu przepisów ustawy z dnia 26 czerwca 1974 r. - Kodeks pracy (Dz. U. z 2014 r., poz. 1502 z późn. zm.) osoby wykazane w „Wykazie pracowników", wykonujące powierzone czynności w realizacji zamówienia zatrudnione na stanowiskach: operatów maszyn i urządzeń budowlanych posiadających odpowiednie kwalifikacje i uprawnienia pracowników brygad rozbiórkowych, osób sprawujących bezpośredni nadzór nad pracami rozbiórkowymi - brygadziści. Tymczasem, zgodnie z wyjaśnieniami udzielonymi przez Recycling Logo Group kierownik budowy (p. T. K.) oraz Kierownik robót (p. L. M.) są zatrudnieni na umowę zlecenie, a nie umowy o pracę. Brak zatrudnienia kluczowego personelu na podstawie umów o pracę skutkuje uznaniem, że treść oferty wykonawcy nie odpowiada treści SIWZ. Zgodnie z dokumentacją projektową Wykonawca miał:

a) wykonać roboty rozbiórkowe obiektu pod nazwą „Most przenośnikowy 3,4 - 3,5" koparką o zasięgu roboczym 30 m (wykonawca przewidział koparkę o zasięgu 28 ml:

b) wykonać roboty rozbiórkowe obiektu pod nazwą „Dyspozytornia zakładu" koparką o zasięgu roboczym 15 m (wykonawca przewidział koparkę o zasięgu 12 ml:

c) wykonać roboty rozbiórkowe obiektu pod nazwą „Budynek laboratorium chemicznego" koparką o zasięgu roboczym 15 m (wykonawca przewidział koparkę o zasięgu 12 ml:

d) wykonać roboty rozbiórkowe obiektu pod nazwą „Pomost nad przenośnikiem zał. węgla nad torem 19" koparką o zasięgu roboczym 15 m (wykonawca przewidział koparkę o zasięgu 12 m). Zgodnie z dokumentacją projektową wyburzenia należy wykonać maszynami wyburzeniowymi (koparkami podsiębiernymi) o określonym zasięgu roboczym wyposażonymi w nożyce do cięcia i kruszenia cegieł i żelbetu, w młot wyburzeniowy hydrauliczny, oraz nożyce do cięcia stali. Zastosowanie maszyn pozwoli na bezpieczny przebieg robót wyburzeniowych. Ogólna koncepcja wyburzania metodą mechaniczną obiektu budowlanego sprowadza się do spowodowania utraty stateczności jego poszczególnych elementów konstrukcyjnych, mniej obciążonych. Reasumując, zastosowanie maszyn wyburzeniowych o krótszym zasięgu roboczym niż zostało to opisane w dokumentacji projektowej prowadziłoby do braku bezpieczeństwa wykonywanych robót wyburzeniowych. Projekty z góry określają wymaganą długość roboczą koparek, a zatem wykonanie przedmiotu zamówienia sprzętem o mniejszym zasięgu roboczym prowadziłoby do realizacji robót w sposób niezgodny z wiążącą dokumentacją projektową.

Zamawiający w dniu 11.06.2019 r. (e-mailem) wraz kopią odwołania, w trybie art. 185 ust.1 Pzp, wezwał uczestników postępowania przetargowego do wzięcia udziału w postępowaniu odwoławczym.

W dniu 14.06.2019 r. (wpływ bezpośredni do Prezesa KIO) Recycling Logo Group Sp. z o.o. Sp. k., ul Hutnicza 2, 41-709 Ruda Śląska zwana dalej: „Recycling Logo Group Sp. z o.o. Sp. k." albo „Przystępującym" zgłosiło przystąpienie do postępowania odwoławczego po stronie Zamawiającego wnosząc o oddalenie odwołania w całości. Kopia zgłoszenia została przekazana Zamawiającemu oraz Odwołującemu.

W dniu 24.06.2019 r. (e-mailem) Zamawiający wobec wniesienia odwołanie do Prezesa KIO wniósł na piśmie, w trybie art. 186 ust. 1 Pzp, odpowiedź na odwołanie, w której oddala w całości odwołanie. Kopia została przekazana Odwołującemu oraz Przystępującemu. Wnosił o:

1) oddalenie odwołania w całości.

2) zasądzenie od odwołującego się na rzecz zamawiającego zwrotu kosztów postępowania wywołanych wniesieniem odwołania według norm przepisanych,

3) dopuszczenie i przeprowadzenie dowodów z dokumentów załączonych do niniejszego odwołania w postaci:

a) Wezwanie do uzupełnienia braku z 14.03.2019 r.;

b) Oświadczenie podmiotu udostępniającego swoje zasoby o braku podstaw wykluczenia w trybie art. 25 ust. 1 w zw. z art. 22 ust. 1 Pzp.

Na okoliczność braku podstaw do przyjęcia, iż Recycling Logo Group Sp. z o.o. Sp.k nie dopełnił warunków udziału w postępowaniu, złożenia Oświadczenia podmiotu udostępniającego swoje zasoby o braku podstaw wykluczenia w trybie art.25 ust. 1 w zw. z art.22 ust. 1 Pzp;

c) Wezwanie do złożenia aktualnych oświadczeń z 8.05.2019 r.

d) Oświadczenie wykonawcy o zamiarze wykonania części zamówienia podwykonawcy;

e) Zobowiązanie podmiotu trzeciego do oddania do dyspozycji wykonawcy niezbędnych zasobów

Na okoliczność ich treści, wypełnienia przez wykonawcę obowiązków w zakresie spełniania warunków udziału w postępowaniu;

f) Wezwanie do wyjaśnień elementów oferty mających wpływ na wysokość ceny z 14.03.2019 r.

g) Wyjaśnienia oferenta w związku z zapytaniem Zamawiającego z 19.03.2019 r.

h) Wezwanie do wyjaśnienia elementów oferty mających wpływ na wysokość ceny z 27.03.2019 r.

i) Wyjaśnienia oferenta w związku z zapytaniem Zamawiającego z 1.04.2019 r.

j) Wezwanie do wyjaśnień elementów mających wpływ na wysokość ceny z 11.04.2019 r.

k) Wyjaśnienia oferenta w związku z zapytaniem Zamawiającego z 15.04.2019 r.

l) Wezwanie do wyjaśnienia treści oferty z 17.04.2019 r.

m) Wyjaśnienia oferenta w związku z zapytaniem Zamawiającego z 23.04.2019 r.

n) Wyniki po aukcji elektronicznej;

Na okoliczność braku podstaw do przyjęcia, iż oferta Recycling Nogo Group Sp. z o. o. Sp.k z siedzibą w Rudzie Śląskiej zawiera rażąco niską cenę;

Zarzut dotyczący naruszenia art. 22 ust. 1 pkt. 1) w zw. z 24 ust. 1) pkt.12 Pzp

poprzez brak przedłożenia wraz z ofertą oświadczenia Tree Polska sp. z o.o. o braku

podstaw do wykluczenia z postępowania. Zgodnie z pkt.6.3 SIWZ Wykonawca, który powołuje się na zasoby innych podmiotów w celu wykazania braku istnienia wobec nich podstaw wykluczenia oraz spełnienia w jakim w zakresie w jakim powołują się na ich zasoby warunków udziału w postępowaniu składa także Oświadczenie dotyczące każdego z tych podmiotów udostępniających swoje zasoby o braku podstaw wykluczenia z postępowania o udzielenie zamówienia z powodu niespełnienia warunków okolicznościach, o których mowa w art.24 ust. 1 pkt. 13-22 i ust. 5 pkt. 1 ustawy Pzp - załącznik nr 1a do druku „FORMULARZ OFERTOWY." Pismem z 14 marca 2019 r. Zamawiający zwrócił się do Recycling Logo Group sp. z o.o. z wezwaniem do złożenia: „Oświadczenia podmiotu udostępniającego swoje

zasoby o braku podstaw wykluczenia w trybie art.25 ust. 1 w związku z art.22 ust. 1 ustawy prawo zamówień publicznych." Wskazano, iż uzupełnienie w formie pisemnej należy złożyć w siedzibie Zamawiającego w | Bytomiu, ul. Strzelców Bytomskich 207 w terminie do dnia 20.03.2019 r. Wykonawca uzupełnił powyższy brak w zakreślonym przez Zamawiającego terminie przedkładając oryginał oświadczenia o braku podstaw wykluczenia złożony przez TREE POLSKA sp. z o.o. Dowód: 1) Wezwanie do uzupełnienia braku z 14.03.2019 r.;

2) Oświadczenie podmiotu udostępniającego swoje zasoby o braku podstaw wykluczenia w trybie art. 25 ust. q w zw. z art. 22 ust. 1 Pzp. Jednocześnie przytoczył stanowisko zaprezentowane przez KIO z 29.10.2018 r., sygn. akt: KIO 2109/18 w którym wskazano, iż: „Wykluczenie wykonawcy z postępowania z powodu niewykazania braku podstaw wykluczenia, z pominięciem obowiązku wynikającego z art. 26 ust. 3 ustawy - Prawo zamówień publicznych, tj. z pominięciem obowiązku wezwania wykonawcy do uzupełnienia oświadczeń lub dokumentów, powoduje, że wykluczenie staje się przedwczesne i bezzasadne. Zamawiający, pomijając bowiem procedurę przewidzianą w ww. przepisie, nie posiada wiedzy, czy wykonawca rzeczywiście nic spełnia warunków."

Zarzut braku wykazania spełniania warunków udziału w postępowaniu. W ocenie Odwołującego się, Zamawiający dopuścił się naruszenia art.24 ust. 1 pkt. 12) ustawy poprzez zaniechanie wykluczenia z postępowania wykonawcy Recycling Logo Group, podczas gdy w.w. wykonawca nic wykazał, że spełnia warunków udziału w postępowaniu w zakresie zdolności technicznej lub zawodowej w odniesieniu do wymogu wykazania się doświadczeniem w wykonaniu rozbiórki obiektów budowlanych o łącznej wartości minimum 3.000.000,00 zł brutto. Wskazał na niezasadność powyższego należy odnotować, iż wykonawca pismem z dnia 13 maja 2019 r. przedłożył wszystkie wymagane dokumenty- Doświadczenie wykonawcy i Zobowiązanie podmiotu trzeciego do oddania do dyspozycji Wykonawcy niezbędnych zasobów na potrzeby wykonywania Zamówienia, w tym wskazujące na wykazywanie się doświadczeniem w wykonaniu rozbiórki obiektów budowlanych o łącznej wartości minimum 3.000.000,00 zł brutto. Dokumenty te stanowią załącznik do niniejszej odpowiedzi na odwołanie. Dalej Odwołujący wywodzi, iż analiza treści formularza oferty, treści „ Zobowiązania podmiotu trzeciego do oddania do dyspozycji wykonawcy niezbędnych zasobów na potrzeby wykonywania zamówienia" oraz treści wyjaśnień elementów oferty mających wpływ na wysokość ceny wskazuję, iż doszło do fikcyjnego korzystania ze zdolności podmiotu trzeciego. Ogólnikowość zarzutu nie pozwala na jednoznaczne odniesienie się do jego treści, nie mniej jednak należy wyjaśnić co następuje. Z dokumentów i oświadczeń przedłożonych przez Wykonawcę Recycling Logo Group Sp. z o.o. Sp.k. w tym: doświadczenia wykonawcy, oświadczenia wykonawcy o zamiarze powierzenia części zamówienia podwykonawcy, zobowiązania podmiotu trzeciego tj. TREE POLSKA Sp. z o.o. do oddania do dyspozycji wykonawcy niezbędnych zasobów oraz oświadczenia podmiotu udostępniającego zasoby tj. TREE POLSKA Sp. z o.o. o braku podstaw wykluczenia w trybie art.25 ust. 1 w związku z art.22 ust. 1 Pzp. TREE POLSKA Sp. z o.o. w oświadczeniu zobowiązała się do udostępnienia Wykonawcy niezbędnych zasobów na potrzeby wykonywania zamówienia dla całości zadania,

w zakresie: personelu, ciężkiego sprzętu wyburzeniowego Podwykonawcy oraz doświadczenia. W ocenie Zamawiającego, treść złożonych oświadczeń spełnia warunki określone w pkt. 5.3. SIWZ „Warunki udziału w postępowaniu."

Dowód: 1) Oświadczenie wykonawcy o zamiarze wykonania części zamówienia podwykonawcy; 2) Zobowiązanie podmiotu trzeciego do oddania do dyspozycji wykonawcy niezbędnych zasobów.

Jednocześnie przytoczyć należy stanowisko KIO wyrażone w wyroku z 08.01.2019 r., sygn. akt: KIO 2597/18 w którym zostało wyjaśnione, iż: „1. Przepis art. 22a ust. 1 ustany z dnia 29 stycznia 2004 r. Prano zamówień publicznych dotyczy sytuacji, w której wykonawca, w celu potwierdzenia spełniania warunków udziału w postępowaniu, w stosownych sytuacjach oraz w odniesieniu do konkretnego Zamówienia, lub jego czyści, polega na zdolnościach technicznych lub zawodowych lub sytuacji finansowej lub ekonomiczniej innych podmiotów. W kontekście art. 22a ust. 4 ustany z dnia 29 stycznia 2004 r. Prawo zamówień publicznych, zgodnie z którym w odniesieniu do warunków dotyczących wykształcenia, kwalifikacji zawodowych lub doświadczenia, wykonawcy mogą polegać na zdolnościach innych podmiotów, jeśli podmioty te zrealizują roboty budowlane lub usługi, do realizacji których te zdolności są wymagane, w praktyce udział podmiotu trzeciego udostępniającego wykonawcy określony wyżej potencjał najczyściej przybierze formę podwykonawstwa. Jednakże dostrzec tryba, iż ocena fryz zamawiającego realności udostępnienia wykonawcy niezbędnych zasobów następuje, w szczególności poprzez przedstawienie zobowiązania podmiotu trzeciego do oddania wykonawcy niezbędnych Zasobów na potrzeby realizacji zamówienia." W tym kontekście nic sposób zrozumieć stanowiska Odwołującego, który formuje stanowcze wnioski w zakresie „fikcyjnego korzystania z zasobów innego podmiotu." Nie sposób podzielić stanowiska Odwołującego, który zarzucił ponadto, iż „brak jest w ofercie Recycling Logo Group wyraźnego i jednoznacznego wskazania jakie części zamówienia zamierza powierzyć do wykonania firmie TREE POLSKA Sp. z o.o." W dokumencie pod nazwą „Oświadczenie o zamiarze powierzenia wykonania części zamówienia podwykonawcy" zostało wskazane, iż TREE POLSKA sp. z o.o. zobowiązała się do wykonania części rozbiórki obiektu kompleksowego oraz układania płyt i ich demontaż. Zgodnie z ugruntowanym na gruncie wykładni art.36 b ust. 1 Pzp zapatrywaniem, na podstawie dotychczasowej praktyki i orzecznictwa można przyjąć, że wykonawca powinien przynajmniej ogólnie podać zakres prac albo rodzaj prac, które zamierza powierzyć podwykonawcy. (Art. 36 b PZP, Pieróg 2019 wyd. 15). Poza wystraczającym stopnieli określenia prac powierzonych podwykonawcy, za niezasadny uznać należy także zarzut Odwołującego, iż takie oświadczenie stanowi naruszenie zakazu modyfikowania treści oferty po upływie terminu składania ofert. Należy wyjaśnić, iż brak informacji w ofercie o podwykonawstwie i podwykonawcach zgodnie z ugruntowanym stanowiskiem nie dyskwalifikuje wykonawcy. (Art. 36 b PZP, Pieróg 2019 wyd. 15). Przepisy ustawy nic przewidują żadnej sankcji z tytułu nie zawarcia w ofercie informacji o zamiarze

powierzenia części zamówienia podwykonawcom. Orzecznictwo KIO wskazuje, że w szczególności nie można mówić o niezgodności treści oferty z treścią SIWZ w takim przypadku, czyli brak jest podstawy do odrzucenia oferty z art. 89 ust. 1 pkt 2 PrZamPubl. W wyroku z dnia 13.02.2017 r. (KIO 192/17) Izba zwróciła uwagę, że przepisy pozwalają na zmianę podwykonawcy na każdym praktycznie etapie, także w trakcie realizacji umowy, a zatem informacja o podwykonawcy nie stanowi treści oferty. Jest to zresztą tylko informacja o zamiarze, a nic oświadczenie woli. Izba podniosła też, że przepisy nie wprowadzają granicy czasowej podania tego typu informacji, a odrzucanie oferty z powodu niepodania informacji o podwykonawcy i części zamówienia, która miałaby być mu powierzona, stanowiłoby zbytni formalizm. Podobne stanowisko zajęła KIO w wyroku z 22.02.2017 r. (KIO 234/17) oraz w wyroku z 17.04.2018 r. (KIO 606/18), gdzie określiła, iż „zamiar", o którym mowa w przepisie art. 36b ust. 1 ustawy odnosi się do przekazania zamawiającemu projektu wykazu podwykonawców, a nie definitywnego zobowiązania się w tym zakresie wykonawcy. Tym samym taki wykaz należy traktować jako dokument oferty nic stanowiący jej treści w sensie merytorycznym. Dokument taki stanowi dookreślenie sposobu wykonania zamówienia, a nie jego zakresu, a więc nie determinuje treści oferty (przedmiotu zamówienia) w sensie materialnym, ale dookreśla proponowany przez wykonawcę sposób jego wykonania. (Art. 36 b PZP, Pieróg 2019 wyd. 15).

W ocenie Odwołującego wyżej wskazane okoliczności a także analiza wyjaśnień elementów oferty mających wpływ na wysokość ceny prowadzą do wniosku, iż w rzeczywistości Recycling Logo Group nic będzie mógł korzystać z zasobów tego podmiotu w wystraczającym stopniu a tym samym doszło do wprowadzenia Zamawiającego w błąd, co jest kwalifikowane przez przepisy ustawy Prawo zamówień publicznych jako przesłanka do wykluczenia wykonawcy z postępowania. Wskazując na niezasadność powyższego wniosku podkreślić należy, iż: „ dla zastosowania art. 24 ust. 1 pkt 16 ustawy z dnia 29 stycznia 2004 r. Prawo zamówień publicznych (t.j. Dz.U. z 2018 r. poz. 1986) muszą zostać kumulatywnie spełnione następujące przesłanki: przedstawienie przez wykonawcę informacji niezgodnej z rzeczywistością, która wprowadziła zamawiającego w błąd, błąd ten polegał na przyjęciu

przez zamawiającego, że wykonawca nie podlega wykluczeniu, a przedstawienie informacji jest wynikiem zamierzonego działania lub rażącego niedbalstwa. Istotne znaczenie ma przy tym charakter informacji, gdyż w art. 24 ust. 1 pkt 16 Prawa zamówień publicznych ustawodawca wskazał wprost, że norma ta dotyczy wprowadzenia zamawiającego w błąd wyłącznie przy wykazywaniu braku podstaw do wykluczenia, spełnianiu warunków lub kryteriów selekcji, a zatem informacji w zakresie sytuacji podmiotowej wykonawcy, których ocena decyduje o udziale wykonawcy w postępowaniu. Dla zbadania czynności wykluczenia na podstawie art. 24 ust. 1 pkt 16 Prawa zamówień publicznych niezbędne jest ustalenie, czy
15

wykonawca działał umyślnie, z zamiarem wprowadzenia zamawiającego w błąd, czy też nieumyślnie, jednakże z naruszeniem w sposób rażący standardu ostrożności wymaganej od podmiotu działającego na rynku w sposób profesjonalny. O przypisaniu winy w tej postaci decyduje zachowanie się wykonawcy w określonych warunkach sprawy w sposób znacząco odbiegający od właściwego miernika staranności." (wyrok KIO z 11.06.2018 r., sygn. akt: KIO 928/18). W przedmiotowej sprawie, w świetle przedstawionych przez wykonawcę dokumentów i oświadczeń nie sposób wskazać na zaistnienie którejkolwiek ze wskazanych wyżej przesłanek. Brak ich także w zarzutach Odwołującego, który nic wskazuje konkretnie na czym miałoby polegać wprowadzenie Zamawiającego w błąd i kilkukrotnie akcentowane przez niego „ fikcyjne korzystanie" z zasobów podmiotu trzeciego.

Zarzut rażąco niskiej ceny. Odwołujący zarzucił Zamawiającemu naruszenie przepisu art. 89 ust. 1 pkt 4 Pzp w zw. z art. 90 ust. 3 Pzp poprzez zaniechanie przez Zamawiającego odrzucenia oferty z powodu rażąco niskiej ceny. Zamawiający podnosi, iż Wykonawca Recycling Logo Group Sp. z o.o. Sp.k. zgodnie z art. 90 ust. 1 Pzp złożył dokumenty, dotyczące 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. 7 2017 r. poz. 847 oraz z 2018 r. poz. 650);

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.

Na skutek składanych przez Zamawiającego wezwań zawierających zakres oczekiwanych wyjaśnień w przedmiocie elementów oferty mających wpływ na wysokość ceny, Wykonawca każdorazowo przedkładał w wyznaczonym terminie wyczerpujące wyjaśnienia i kalkulację. Jednocześnie wyjaśnił przesłankę oszczędności w wykonaniu zamówienia, którą zaprezentował w trzech płaszczyznach: 1) kosztów sprzętu i transportu, 2) kosztów utylizacji 3) kosztów dodatkowych. Dowód: 1) Wezwanie do wyjaśnień elementów oferty mających wpływ na wysokość ceny z 14.03.2019 r.; 2) Wyjaśnienia oferenta w związku z zapytaniem Zamawiającego z 19.03.2019 r.; 3) Wezwanie do wyjaśnienia elementów oferty mających wpływ na wysokość ceny z 27.03.2019 r.; 4) Wyjaśnienia

oferenta w związku z zapytaniem Zamawiającego z 1.04.2019 r.; 5) Wezwanie do wyjaśnień elementów mających wpływ na wysokość ceny z 11.04.2019 r.; 6) Wyjaśnienia oferenta w związku z zapytaniem Zamawiającego z 15.04.2019 r.; 7) Wezwanie do wyjaśnienia treści oferty z 17.04.2019 r.; 8) Wyjaśnienia oferenta w związku z zapytaniem Zamawiającego

z 23.04.2019 r.

Szczegółowe wyjaśnienia wykonawcy, poparte kalkulacjami kosztów nie dawały po ich przeanalizowaniu podstaw do uznania, iż zawarta w ofercie cena jest rażąco niska.

W wyniku otwarcia ofert w dniu 13.03.2019, otrzymano informację, że firma Recykling Logo Group Sp. z o.o. Sp. K. złożyła ofertę o wartości 5 879 400,00 zł. Była to druga co do wartości cenowej oferta (niższa złożona oferta wynosiła 4 135 260,00 zł), a kwota jaką Zamawiający zamierzał przeznaczyć na sfinansowanie zamówienia wynosiła 6 649 400,00 zł. Mając na uwadze powyższe, już na etapie otwierania ofert firma Recykling Logo Group Sp. z o.o. Sp. K. zaoferowała kwotę, która zawiera się w kwocie jaką Zamawiający zamierzał przeznaczyć. Należy zaznaczyć, że kwota jaką Zamawiający zamierza przeznaczyć na

sfinansowanie zadania ustalana jest na podstawie sporządzonych kosztorysów rozbiórek sporządzonych na podstawie odrębnej umowy na opracowanie dokumentacji budowlanej. W dniu 11.04.2019 otrzymano informację, że na podstawie przeprowadzonej w dniu 11.04.2019 aukcji elektronicznej firma Recykling Logo Group Sp. z o.o. Sp. K. złożyła ofertę o wartości 2 993 000,00 zł i uzyskała 100 pkt. Zdecydowana większość ofert mieściła się w przedziale 80-86 pkt, co oznacza, że oferta firmy Recykling Logo Group Sp. z o.o. Sp. K. nic była niższa o więcej niż 20 pkt. Dowód: 1) Wyniki po aukcji elektronicznej

W dniu 25.04.2019 w związku z otrzymanym wyjaśnieniem (pismo z dnia 23.04.2019) przedstawionym przez firmę Recykling Logo Group Sp. z o.o. Sp. K. oraz po szczegółowej weryfikacji elementu kalkulacyjnego, wystosowano opinię do Działu Zamówień Publicznych do Pani M. K. z informacją, że ww. firma dokonała wyjaśnień elementów oferty mających wpływ na wysokość ceny, a przedstawione składniki oferty są zgodne z projektem jak i przedmiarem rozbiórki. Firma oświadczyła, że osiągnie zysk, a zaproponowana oferta mieści się w realiach rynkowych. Analizując ofertę Oddział bazował na podstawie przedstawionych przez Oferenta oświadczeń, dokumentów, kalkulacji oraz rozeznania rynkowego. W przekonaniu Zamawiającego przedłożone wyjaśnienia pozwalają na uznanie, że Wykonawca w całości wykazał, że złożona przez niego oferta nie zawiera rażąco niskiej ceny zgodnie z art. 90 ust 1 Pzp, mając na uwadze obiektywne czynniki, w szczególności metody wykonywania zamówienia, wybrane rozwiązania techniczne, wyjątkowo sprzyjające warunki wykonania zamówienia dostęp dla tego Wykonawcy, warunki organizacyjne i

wyposażenie firmy Wykonawcy. Zaznaczenia również wymaga, iż postępowanie w sprawie

ustalenia, czy cena oferty zawiera rażąco niską cenę w stosunku do przedmiotu zamówienia, ma charakter wyjaśniający, a nie dowodowy, (SO w Poznaniu w wyr. z 12.6.2008 r., X Ga 140/08).

Zarzut niezgodności treści oferty z treścią SIWZ. Odwołujący się wskazał, iż treść oferty Recycling Logo Group nie odpowiada treści SIWZ w następującym zakresie: wykonawca miał zatrudnić na podstawie umowy o pracę osoby wykazane w „Wykazie pracowników" (wykonawca zamierza zatrudnić kierownika budowy i kierownika robót na podstawie umowy zlecenia).

Odpowiadając na powyższe wskazał, iż zgodnie z § 5 ust. 1 projektu umowy, wykonawca lub podwykonawca w okresie realizacji zamówienia zatrudni na podstawie umowy o pracę w rozumieniu przepisów ustawy z dnia 26 czerwca 1974 r.- Kodeks pracy (Dz.U. z 2014 r. poz.1502 z późn.zm.) osoby wykazane w „Wykazie pracowników" wykonujące powierzone czynności w realizacji zamówienia zatrudnione na stanowiskach: operatorów maszyn i urządzeń budowlanych posiadających odpowiednie kwalifikacje i uprawnienia, pracowników brygad rozbiórkowych, osób sprawujących bezpośredni nadzór nad pracami rozbiórkowymi- brygadziści." Powyższe jest powtórzeniem wymagań określonych w załączniku nr 2 pkt.4 do SIWZ.

W ocenie Zamawiającego osoby pełniące funkcję kierownika budowy oraz kierownika robót nic mieszczą się w wyżej wskazanym enumeratywnym katalogu, zatem obowiązek zatrudnienia w oparciu o umowę o pracę nie ma w stosunku do nich zastosowania.

Odwołujący wskazał ponadto, iż treść oferty Recycling Logo Group nie odpowiada treści SIWZ w zakresie Dokumentacji projektowej, zgodnie z którą Wykonawca miał:

a) Wykonać roboty rozbiórkowe obiektu pn „Most przenośnikowy 3,4-3,5" koparką o zasięgu roboczym 30 m - podczas gdy wykonawca przewidział koparkę o zasięgu 28 m;

b) Wykonać roboty rozbiórkowe obiektu pn „Dyspozytornia zakładu" koparką o zasięgu roboczym 15 m- podczas gdy wykonawca przewidział koparkę o zasięgu 12 ;

c) Wykonać roboty rozbiórkowe obiektu pn „ Budynek laboratorium chemicznego „koparką o zasięgu roboczym 15 m- podczas gdy wykonawca przewidział koparkę o zasięgu 12m;

d) Wykonać roboty rozbiórkowe obiektu pn „ Pomost nad przenośnikiem zał. Węgla nad torem 19 koparką o zasięgu roboczym 15 m- podczas gdy wykonawca przewidział koparkę o zasięgu 12 m.

W ocenie Odwołującego, zastosowanie maszyn wyburzeniowych o krótszym zasięgu roboczym niż zostało to opisane w dokumentacji projektowej prowadziłoby do braku bezpieczeństwa wykonywanych robót wyburzeniowych. Odpowiadając na powyższy zarzut należy wskazać, że minimalny wykaz sprzętu dotyczącego realizacji zadania określony jest w projektach budowlanych rozbiórek, które w czasie trwania postępowania były dostępne

w wersji elektronicznej na stronie internetowej Zamawiającego jako załącznik do SIWZ. Na etapie postępowania przetargowego Zamawiający nie wymagał dostarczenia wykazu sprzętu, wymagając jednakże deklaracji wykonania przedmiotu zamówienia zgodnie z projektami rozbiórki i takie oświadczenie każdy ze składający ofertę złożył.

Na etapie otwarcia ofert Zamawiający przeprowadził badania rażąco niskiej ceny, zażądał od Oferenta firm Recykling LOGO Group Sp. z o.o. Spółka Komandytowa wyjaśnień. Oferent w dniu 20.03.2019 na wezwanie przedłożył wyjaśnienie z którego wynika, że do realizacji całości zadania przewiduje sprzęt o parametrach zgodnych z dokumentacją projektową rozbiórki w wykazie pojawia się sprzęt:

Koparka gąsienicowa o wysięgu 12 m

Koparka gąsienicowa o wysięgu 45 m

Koparka gąsienicowa o wysięgu 12/28 m

Jednocześnie informując, że na tym etapie: „Zestawienie wykonano zgodnie z wezwaniem, dlatego w niektórych pozycjach występują różnice do tabel powyżej, zwłaszcza w sprzęcie."

Po przeprowadzeniu aukcji internetowej Zamawiający ponownie przeprowadził badanie rażąco niskiej ceny wzywając oferenta do przedstawienia dokumentów.

W dniu 15.04.2019 Oferent firma Recykling LOGO Group Sp. z o.o. Spółka Komandytowa przesłał wyjaśnienie z którego wynika, że sprzęt wymieniony między innymi: Koparka gąsienicowa o wysięgu 12 m, Koparka gąsienicowa o wysięgu 45 m oraz Koparka gąsienicowa o wysięgu 12/28 m będzie znajdował się na terenie rozbiórki przez cały okres wykonania zadania, a Oferent skierował w całości ten sprzęt do realizacji zadania. W dniu 16.04.2019 pismem TMG/MGB/74/19 zwrócono się do Działu Zamówień SRK S.A. w celu wezwania Oferenta do przedstawienia sporządzonego wyjaśnienia w rozbiciu na poszczególne obiekty budowlane. W dniu 23.04.2019 Oferent przedłożył uzupełnienie z tabelarycznym zestawieniem między innymi sprzętu rozpisując pracę koparek jako „koszt" na poszczególne obiekty do rozbiórki. Zamawiający przyjął taką formę rozliczenia. Mając na uwadze oświadczenie Oferenta, że cały sprzęt będzie dostępny na budowie przez okres rozbiórki oraz o wykonaniu robót rozbiórkowych zgodnie z zatwierdzonym projektem budowlanym rozbiórki przyjęto, że firma posiada odpowiedni sprzęt oraz na etapie sporządzania technologu wykonania robót sprzęt będzie równoważny lub o lepszych parametrach od sprzętu wymienionego w dokumentacji projektowej. Przyjęto, że Oferent posiada odpowiedni sprzęt zgodny z dokumentacją projektową ponieważ cały wymagany sprzęt będzie dostępny przy realizacji zadania.

Nadmienił, że Oferent w wykazie sprzętu jako parametr podał „wysięg", a wymagany w dokumentacji projektowej jest „zasięg roboczy". W nomenklaturze ogólnej słowo „wysięg"

jest to długość samego ramienia koparki pomijając dołączony do niej osprzęt który w zestawie ma określony zasięg roboczy wymagany w projekcie budowlanym, bez osprzętu samo ramie koparki nie może pracować. W dokumentacji projektowej zakładano, że do zasięgu roboczego wlicza się zmiennie wyposażenie: nożyce do cięcia i kruszenia cegieł i żelbetu; w młot wyburzeniowy hydrauliczny; nożyce do cięcia stali.

Mając na uwadze powyższe parametry zakwestionowane przez Odwołującego:

- Dla obiektu most przenośnikowy 3.4.-3.5 - obiekt 15.3 - przewidziano w dokumentacji projektowej koparkę o zasięgu roboczym 30 m - Oferent przewidział w ofercie i wyjaśnieniu, całość sprzętu do realizacji zadania czyli koparkę o wysięgu 12 m, 45m oraz 12/28 m. W tym konkretnym przypadku w tabeli koparkę o wysięgu 12 m oraz koparkę o wysięgu 12/28 m - mając na uwadze poprzednie wyjaśnienie zasięg roboczy to wysięg + osprzęt, można więc stwierdzić, że w przypadku ramienia 28 m po dołożeniu osprzętu (wymaganego w projekcie) zasięg roboczy będzie wynosił powyżej 30 m

- Dla obiektu dyspozytornia zakładu 13.1 - obiekt 58 - przewidziano w dokumentacji projektowej koparkę o zasięgu roboczym 15 m - Oferent przewidział w ofercie i wyjaśnieniu, całość sprzętu do realizacji zadania czyli koparkę o wysięgu 12 m, 45m oraz 12/28 m. W tym konkretnym przypadku w tabeli koparkę o wysięgu 12 m - mając na uwadze poprzednie wyjaśnienie zasięg roboczy to wysięg + osprzęt, można więc stwierdzić, że w przypadku ramienia 12 m po dołożeniu osprzętu (wymaganego w projekcie) zasięg roboczy będzie wynosił 15 m

- Dla obiektu laboratorium chemicznego - obiekt 59 - przewidziano w dokumentacji projektowej koparkę o zasięgu roboczym 15 m - Oferent przewidział w ofercie i wyjaśnieniu, całość sprzętu do realizacji zadania czyli koparkę o wysięgu 12 m, 45m oraz 12/28 m. W tym konkretnym przypadku w tabeli koparkę o wysięgu 12 m - mając na uwadze poprzednie wyjaśnienie zasięg roboczy to wysięg + osprzęt, można więc stwierdzić, że w przypadku ramienia 12 m po dołożeniu osprzętu (wymaganego w projekcie) zasięg roboczy będzie wynosił 15 m. Nie zachodzi więc przesłanka braku bezpieczeństwa wykonywanych robót wyburzeniowych ponieważ sprzęt będzie odpowiedni do dokumentacji projektowej.

Mając na uwadze fakt, że na etapie przed przystąpieniem do wykonania prac rozbiórkowych będzie sporządzona Technologia robót która będzie przygotowana przez Wykonawcę, a akceptowana i zatwierdzona przez służby techniczne Oddziału, nie będzie możliwości zastosowania innych parametrów „gorszych" niż przewidzianych w projekcie budowlanym czyli warunek zasięgu roboczego będzie musiał być spełniony.

Skład orzekający Krajowej Izby Odwoławczej po zapoznaniu się z przedstawionymi poniżej dowodami, po wysłuchaniu oświadczeń, jak i stanowisk stron oraz Przystępującego złożonych ustnie do protokołu w toku rozprawy, ustalił i zważył, co następuje.

Skład orzekający Izby ustalił, że nie została wypełniona żadna z przesłanek skutkujących odrzuceniem odwołania na podstawie art. 189 ust. 2 Pzp, zaś Odwołujący ma interes w uzyskaniu zamówieniu. Odwołujący, którego oferta uplasowała się na drugiej pozycji w rankingu złożonych ofert, w wypadku potwierdzenia zarzutów ma szanse na uzyskanie zamówienia.

Skład orzekający Izby, działając zgodnie z art. 190 ust. 7 Pzp dopuścił w niniejszej sprawie dowody z: dokumentacji postępowania o zamówienie publiczne nadesłanej przez Zamawiającego do akt sprawy w kopii potwierdzonej za zgodność z oryginałem, w tym w szczególności treści postanowień SIWZ /pkt 5.3 ust.1 lit. a tiret drugi/, w tym opisu przedmiotu zamówienia /pkt 4 zał. nr 2 do SIWZ - OPZ/, czy też § 5 ust. 1 projektu umowy (zał. nr 3 do SIWZ), projekt rozbiórki budynku dyspozytorni zakładu 13.1 obiekt 58, projekt rozbiórki budynku laboratorium chemicznego obiekt 59, projekt rozbiórki pomostu pod przenośnikiem nad torem 19 - obiekt 128 oraz projekt rozbiórki mostu przenośnikowego 3.4 - 3.5 wraz z punktem załadowczym obiekt 15.3 (w każdym wypadku fragmenty na str. 98), oferty Odwołującego, wezwania skierowanego do Odwołującego do wyjaśnień elementów oferty mających wpływ na wysokość ceny, wyjaśnień, tj. - wezwania z 11.04.2019 r., wyjaśnienia z 15.04.2019 r. z dowodami: cennik na odpady za które będzie dokonywana utylizacja odpadów obowiązujący od 01.04.2019 r., oferta geodetów z 12.03.2019 r., rachunek za paliwo (faktura nr MAG/0501/2019) - wezwania z 17.04.2019 r., wyjaśnienia z 18.04.2019 r. /wpływ 24.04.2019 r./) z dowodem: oświadczenie podmiotu zewnętrznego o możliwości nieodpłatnego przekazania gruzu z przedmiotowej rozbiórki, oferty Przystępującego, wezwania do złożenia aktualnych oświadczeń z 08.05.2019 r. w trybie art. 26 ust. 2 Pzp, złożonych w odpowiedzi: Wykazu osób z 09.05.2019 r., Wykazu usług z poświadczeniami, Oświadczenia wykonawcy o zamiarze wykonania części zamówienia podwykonawcy z 09.05.2019 r.; Zobowiązanie podmiotu trzeciego do oddania do dyspozycji wykonawcy niezbędnych zasobów z 09.05.2019 r.; Wezwanie do wyjaśnień elementów oferty mających wpływ na wysokość ceny z 14.03.2019 r. (I wezwanie przed aukcją); Wyjaśnienia oferenta w związku z zapytaniem Zamawiającego z 19.03.2019 r.; Wezwanie do wyjaśnienia elementów oferty mających wpływ na wysokość ceny z 27.03.2019 r. (II wezwanie przed aukcją); Wyjaśnienia oferenta w związku z zapytaniem Zamawiającego z 01.04.2019 r.; Wyniki po aukcji elektronicznej; Wezwanie do wyjaśnień elementów mających wpływ na wysokość ceny z 11.04.2019 r. (I wezwanie po aukcji); Wyjaśnienia oferenta w związku z zapytaniem Zamawiającego z 15.04.2019 r.; Wezwanie do wyjaśnienia treści oferty z 17.04.2019 r. (II wezwanie po aukcji); Wyjaśnienia oferenta w związku z zapytaniem Zamawiającego z 23.04.2019 r. oraz informacja o wyborze oferty najkorzystniejszej z 03.06.2019 r.

Izba w poczet materiału dowodowego zaliczył także złożone przez Odwołującego jako dowód na rozprawie:

1) cennik odpadów na składowisku odpadów w Gliwicach obowiązujący od 01.04.2019 r.

2) projekty Zamawiającego z przedmiotowego postępowania przetargowego: projekt rozbiórki budynku dyspozytorni zakładu 13.1 obiekt 58 oraz projekt rozbiórki mostu przenośnikowego 3.4 - 3.5 wraz z punktem załadowczym obiekt 15.3 (formalnie gdyż stanowią już część dokumentacji Zamawiającego).

3) wydruki kart katalogowych różnych koparek. (3 karty katalogowe).

Przy rozpoznawaniu przedmiotowej sprawy skład orzekający Izby wziął pod uwagę także odwołanie, przystąpienie, odpowiedź na odwołanie, pismo procesowe Odwołującego, a nadto stanowiska i oświadczenia stron oraz Przystępującego złożone ustnie do protokołu.

Odnosząc się do podniesionych w treści odwołania oraz podtrzymanych na posiedzeniu i rozprawie zarzutów stwierdzić należy, że odwołanie zasługuje na uwzględnienie.

Odwołujący sformułował w odwołaniu zarzuty naruszenia przez Zamawiającego:

1. art. 22 ust. 1 pkt 1) w zw. z 24 ust. 1 pkt 12) Pzp, poprzez zaniechanie wykluczenia z postępowania Przystępującego, podczas gdy ww. wykonawca nie przedstawił wraz z ofertą oświadczenia podmiotu udostępniającego zasoby (Tree Polska Sp. z o. o., Lubna 50c, 05-532 Baniocha) o braku podstaw do wykluczenia z postępowania (zał. nr 1 a do formularza oferty);

2. art. 24 ust. 1 pkt 12) Pzp, poprzez zaniechanie wykluczenia z postępowania Przystępującego, podczas gdy ww. wykonawca nie wykazał, że spełnia warunki udziału w postępowaniu w zakresie zdolności technicznej lub zawodowej w odniesieniu do wymogu wykazania się doświadczeniem w wykonaniu rozbiórki obiektów budowlanych o łącznej wartości min. 3,000.000,00 zł brutto;

3. art. 24 ust. 1 pkt 16) Pzp, poprzez zaniechanie wykluczenia z postępowania Przystępującego, podczas gdy ww. wykonawca wprowadził Zamawiającego w błąd co do udziału innego podmiotu w wykonywaniu zamówienia, podczas gdy w rzeczywistości wykonawca zamierza zrealizować zamówienie samodzielnie bez korzystania z wiedzy i doświadczenia podmiotu trzeciego;

4. art. 89 ust. 1 pkt 4) w zw. z art. 90 ust. 3 Pzp, poprzez zaniechanie odrzucenia oferty Przystępującego, podczas gdy ww. wykonawca nie wykazał, że jego oferta nie zawiera rażąco niskiej ceny;

5. art. 89 ust. 1 pkt 2) Pzp, poprzez zaniechanie odrzucenia oferty Przystępującego, podczas gdy jej treść nie odpowiada treści SIWZ, w zakresie w jakim wykonawca miał:

- zatrudnić na podstawie umowy o pracę osoby wykazane w „Wykazie pracowników" (wykonawca zamierza zatrudnić kierownika budowy i kierownika robót na podstawie umowy zlecenia);

- wykonać roboty rozbiórkowe obiektu pod nazwą „Most przenośnikowy 3,4 - 3,5" koparką o zasięgu roboczym 30 m (wykonawca przewidział koparkę o zasięgu 28 m);

- wykonać roboty rozbiórkowe obiektu pod nazwą „Dyspozytornia zakładu" koparką o zasięgu roboczym 15 m (wykonawca przewidział koparkę o zasięgu 12 m);

- wykonać roboty rozbiórkowe obiektu pod nazwą „Budynek laboratorium chemicznego" koparką o zasięgu roboczym 15 m (wykonawca przewidział koparkę o zasięgu 12 m);

- wykonać roboty rozbiórkowe obiektu pod nazwą „Pomost nad przenośnikiem zał. węgla nad torem 19" koparką o zasięgu roboczym 15 m (wykonawca przewidział koparkę o zasięgu 12 m);

6. art. 91 ust. 1 Pzp, poprzez dokonanie wyboru oferty Przystępującego, podczas gdy ww. wykonawca podlega wykluczeniu z postępowania, a jego oferta podlega odrzuceniu;

Izba dokonała następujących ustaleń odnośnie przedmiotowego odwołania:

W pierwszej kolejności należy przywołać stan faktyczny wynikający z treści wniesionego odwołania, przystąpienia, odpowiedzi na odwołanie oraz pisma procesowego złożonego na posiedzeniu przez Odwołującego. Istotna jest również treść wezwań (dwukrotnie przed aukcją /14.03.2019 r., 27.03.2019 r./ oraz dwukrotnie po aukcji /11.04.2019 r., 17.04.2019 r./) i udzielonych wyjaśnień (dwukrotnie przed aukcją /19.03. 2019 r., 01.04.2019 r./ oraz dwukrotnie po aukcji /15.04.2019 r., 23.04.2019 r./) wskazanych w odwołani - bez dowodów. Nadto, z uwagi na okoliczności wskazane w dalszej części uzasadnienie istotne są również wezwania skierowanego do Odwołującego na tą sama okoliczność po aukcji: /z 11.04.2019 r., 17.04.2019 r./ oraz wyjaśnienia /z 15.04.2019 r.

z dowodami: cennik na odpady za które będzie dokonywana utylizacja odpadów obowiązujący od 01.04.2019 r., oferta geodetów z 12.03.2019 r., rachunek za paliwo (faktura nr MAG/0501/2019), jak i wyjaśnienia z 18.04.2019 r. /wpływ 24.04.2019 r./ z dowodem: oświadczenie podmiotu zewnętrznego o możliwości nieodpłatnego przekazania gruzu z przedmiotowej rozbiórki.

W zakresie zarzutu dotyczącego koparek o zasięgu roboczym. Istotne są postanowienia przywołanych powyżej czterech projektów Zamawiającego z przedmiotowego postępowania przetargowego - w każdym wypadku na str. 98: „Wyburzanie będzie wykonywane maszynami wyburzeniowymi (koparkami podsiębiernymi) o zasięgu roboczym (dopisek autora 30 m/15 m) wyposażonymi w nożyce do cięcia i kruszenia cegieł i żelbetonu, w młot wyburzeniowy hydrauliczny, oraz nożyce do cięcia stali. Dodatkowo do prac posłużą następujące maszyny budowlane takie jak: ładowarka kołowa o masie 20-25 ton i łyżce 3-4 m ^{3}, zestaw do ciecia gazowego, ręczne młoty wyburzeniowe, pilarki elektryczne, narzędzia ręczne.'', jak i udzielone wyjaśnienia we fragmencie przywołanym przez Odwołującego w odwołaniu.

W zakresie zarzutu piątego istotne są postanowienia SIWZ /pkt 5.3 ust.1 lit, a tiret drugi - „5.3. Warunki udziału w postępowaniu:

1. Zamawiający uzna warunek w zakresie zdolności technicznej lub zawodowej za spełniony, jeżeli Wykonawca wykaże się:

a) dysponowaniem osobami skierowanymi przez Wykonawcę do realizacji zamówienia publicznego, w szczególności odpowiedzialnymi za kierowanie robotami budowlanymi posiadającymi uprawnienia w zakresie: (...)

• osoba kierownika robót rozbiórkowych / brygadzista posiadająca uprawnienia budowlane do kierowania robotami w specjalności konstrukcyjno - budowlanej, aktualne zaświadczenie o przynależności do Okręgowej Izby Inżynierów Budownictwa oraz stwierdzenie kwalifikacji osoby dozoru w specjalności budowlanej, które należy dołączyć do oferty - minimum 1 osoba. Osoba stale obecna na terenie rozbiórki. (...)"/, w tym opisu przedmiotu zamówienia /pkt 4 zał. nr 2 do SIWZ - OPZ: ,,1) Wykonawca zobowiązany jest w okresie realizacji zamówienia do zatrudnienia na podstawie umowy o pracę w rozumieniu przepisów ustawy z dnia 26 czerwca 1974r. - Kodeks pracy (Dz. U. z 2014 r., poz. 1502 z późn. zm.) osób wykonujących wskazane przez Zamawiającego czynności w zakresie realizacji zamówienia, jeżeli wykonanie tych czynności polega na wykonywaniu pracy w sposób określony w art. 22 § 1 Kodeksu pracy: o operatów maszyn i urządzeń budowlanych posiadających odpowiednie kwalifikacje i uprawnienia

o pracowników brygad rozbiórkowych
o osób sprawujących bezpośredni nadzór nad pracami rozbiórkowymi - brygadziści"/, czy też § 5 ust. 1 projektu umowy (zał. nr 3 do SIWZ): „1. Wykonawca lub podwykonawca w okresie realizacji zamówienia zatrudni na podstawie umowy o pracę w rozumieniu przepisów ustawy z dnia 26 czerwca 1974 r. - Kodeks pracy (Dz. U. z 2014 r., poz. 1502 z późn. zm.) osoby wykazane w „Wykazie pracowników", wykonujące powierzone czynności w realizacji zamówienia zatrudnione na stanowiskach:

o operatów maszyn i urządzeń budowlanych posiadających odpowiednie kwalifikacje

i uprawnienia

o pracowników brygad rozbiórkowych

o osób sprawujących bezpośredni nadzór nad pracami rozbiórkowymi - brygadziści".

Do dalszych kwestii Izba odniesie się w dalszej części w ramach rozpatrywanych

zarzutów.

Biorąc pod uwagę ustalenia i stan rzeczy ustalony w toku postępowania (art. 191 ust.1 Pzp), oceniając wiarygodność i moc dowodową, po wszechstronnym rozważeniu zebranego materiału (art. 190 ust. 7 Pzp), Izba stwierdziła co następuje.

Odnośnie zarzutu pierwszego /art. 22 ust. 1 pkt 1) w zw. z 24 ust. 1 pkt 12) Pzp/,

Odwołujący wycofał zarzut na posiedzeniu.

Odnośnie zarzutu piątego w zakresie zatrudnienia na umowę pracę kierownika budowy - Odwołujący wycofał zarzut na rozprawie.

Odnośnie zarzutu piątego w zakresie podtrzymanym /zatrudniania na podstawie umowy o pracę osoby wykazanej w „Wykazie pracowników", tj. kierownika robót

rozbiórkowych na podstawie umowy zlecenia/, Izba zarzut oddaliła.

Odwołujący nadinterpretuje postanowienia § 5 ust. 1 projektu umowy (zał. nr 3 do SIWZ), jak i pkt 4 zał. nr 2 do SIWZ - OPZ. Przywołany w tym kontekście na potwierdzenie swojego zarzutu pkt 5.3 ust.1 lit. a tiret drugi SIWZ jest z kolei zupełnie nieadekwatny, gdyż odnosi się do warunków udziału w zakresie zdolności technicznej i zawodowej i w ogóle nie jest związany z wymogiem zatrudnienia na umowę o prace. W tym zakresie przywołane na wstępie postanowienia projektu umowy oraz OPZ dotyczą jedynie brygadzisty, a nie kierownika robót rozbiórkowych i mają charakter rozstrzygający.

Biorąc powyższe pod uwagę, Izba uznała jak na wstępie.

Odnośnie zarzutu piątego w zakresie podtrzymanym /przewidzenia przy wykonywaniu roboty rozbiórkowe obiektu pod nazwą „Most przenośnikowy 3,4 - 3,5" - obj. 153 koparki o zasięgu roboczym 28 m zamiast 30m; przewidzenia przy wykonywaniu roboty rozbiórkowe obiektu pod nazwą „Dyspozytornia zakładu" - obj.58 koparki o zasięgu roboczym 12 m zamiast 15 m; przewidzenia przy wykonywaniu roboty rozbiórkowe obiektu pod nazwą „Budynek laboratorium chemicznego" - obj.59 koparki o zasięgu roboczym 12 m zamiast 15 m oraz przewidzenia przy wykonywaniu roboty rozbiórkowe obiektu pod nazwą „Pomost nad przenośnikiem zał. węgla nad torem 19"- obj. 128 koparki o zasięgu roboczym 12 m zamiast 15 m/, Izba uznała w/w zarzuty za podlegające oddaleniu.

Po pierwsze, wnioski Odwołującego są oparte na wyjaśnieniach dotyczących ceny rażąco niskiej, gdyż na etapie składnia ofert Zamawiający nie wymagał przedstawienia wykazu sprzętu. Po drugie, kwestia „zasięgu roboczego" oraz „wysięgu". Użycie w wyjaśnieniach przy wykazanych kosztach dotyczących koparek sformułowania „wysięg" nie daje dostatecznych podstaw do uznania, że koparki nie mają oczekiwanego przez Zamawiającego „zasięgu roboczego". W pierwszej kolejności dlatego, że Zamawiający nigdzie nie zdefiniował obu tych pojęć, w następnej wobec niejednoznaczności tych pojęć, braku ich zdefiniowania należy wszelkie wątpliwości z tym związane rozpatrywać na korzyść Przystępującego. Zostało to celnie wskazane przykładowo w wyroku KIO z 16.04.2015 r. sygn. akt: KIO 660/15: "Należy wskazać, że obowiązuje swoista "święta" zasada, że wszelkie niejasności, dwuznaczności, niezgodności postanowień SIWZ należy rozpatrywać na korzyść wykonawców". Podkreślono także w uchwale KIO z 03.08.2017 r., sygn. akt: KIO/KD 38/17, że: "Reguła ta wynika z prawniczej paremii »in dubio contra proferentem« znaczącej w języku polskim »Wątpiiwości należy tłumaczyć przeciw autorowi«. Nie ulega wątpliwości, że Zamawiający jest autorem ogłoszenia o zamówieniu i SIWZ, które zostały zredagowane przez Zamawiającego.". Podobnie w wyroku SO w Nowym Sączu z 18.03.2015 r., sygn. akt: III Ca 70/15: "Zapisy w SiWZ (...) muszą mieć charakter precyzyjny i jednoznaczny; a wątpliwości powstałe na tym tle muszą być rozstrzygane na korzyść wykonawcy. Obowiązek takiego formułowania i tłumaczenia ma na celu realizację zasady uczciwej konkurencji i równego traktowania wszystkich wykonawców przystępujących do przetargu (...)" oraz w wyroku SO w Szczecinie z 07.03.2018 r. (sygn. akt. VIII Ga 102/18) wskazujący, że: "Wyrażona w art. 7 ust 1 p.z.p. zasada, obecnie formułowana jako zasada przejrzystości, oznacza również zakaz wyciągania negatywnych konsekwencji wobec wykonawcy wskutek niedopełnienia przez niego obowiązku, który nie wynika wyraźnie z dokumentacji przetargowej lub obowiązujących przepisów prawa krajowego, lecz jedynie z wykładni tych przepisów lub dokumentacji, a także z uzupełniania przez krajowe organy lub sądownictwo występujących w tej dokumentacji luk [por. postanowienie TSUE z 13.07.2017 r. w sprawie C-35/17, Saferoad Grawil sp. z o.o. i Saferoad Kabex sp. z o. o. v. Generalna Dyrekcja Dróg Krajowych i Autostrad, Oddział w Poznaniu; wyrok TSUE z 2.06.2016 r. w sprawie C-27/15, Pizzo v. CRGT Srl; wyrok TSUE z 7.04.2016 r. w sprawie C-324/14, Partner A. D. v. Zarządowi Oczyszczania Miasta, Monitor Prawniczy z 2016 r., Nr 11, s. 570; oraz wyrok TSUE z 10.05.2012 r. w sprawie C-368/10, Komisja Europejska v. Królestwo Niderlandów".

Dodatkowo, przedstawione przez Zamawiającego w odpowiedzi na dowołanie stanowisko, co do sposobu rozumienia zasięgu roboczego (ramie + osprzęt), mimo że nie znajdujące odzwierciedlenia w SIWZ, jest wiarygodne i nie zostało skutecznie podważone dowodami złożonymi przez Odwołującego na rozprawie. Przedłożone wydruki z kart katalogowych koparek dotyczą określonych, przykładowych koparek, jak sam przyznał

Odwołujący, nie wie jakie koparki, tj. modele jakich koparek zamierza wykorzystać Przystępujący. W konsekwencji ich walor dowodowy jest niski. Dodatkowo, przedstawione na rozprawie przez Odwołującego argumentacja nie podważa argumentacji Zamawiającego z odpowiedzi na odwołanie i rozprawy - dotyczy ona de facto kwestii bezpieczeństwa. W tym zakresie, Zamawiający wskazał, że kwestie bezpieczeństwa zostaną zachowane, a oczekiwane było dostosowanie sprzętu do wskazanych przez projektanta parametrów rozbieranych obiektów. Niewątpliwie, w ocenie Izby, oczekiwany parametr zasięgu roboczego, nie anuluje wymogów bezpieczeństwa, które należy bezwzględnie, czyli bez względu na wszystko zachować przy rozbiórce poszczególnych obiektów.

Biorąc powyższe pod uwagę, Izba uznała jak na wstępie.

Odnośnie zarzutu drugiego, Izba uznała, że w/w podlega oddaleniu.

W pierwszej kolejności należy podkreślić, że w ocenie Izby Odwołujący de facto w swoim piśmie procesowym złożonym na posiedzeniu zmienił zarzut, tj. dokonał jego modyfikacji. Pierwotnie bowiem w odwołaniu fikcyjność udostępnienia upatrywał w braku wskazania jakie części zamówienia Przystępujący zamierza powierzyć podmiotowi trzeciemu (Tree Polska). Stwierdził, że Zamawiający nie może się tego domyślać, gdyż oświadczenie dotyczące zakresu podwykonawstwa - stanowi treść oferty i nie podlega zmianie. Oświadczenie bowiem złożone w tym zakresie po terminie składnia ofert, nie może być brane pod uwagę (tak z pierwszego, jak i drugiego dokumentu złożonego na wezwanie z 08.05.2019 r.). Podnosił na szerszy katalog tych oświadczeń niż złożony w ofercie (formularzu ofertowym). Stwierdzał także że brak jest informacji, iż podmiot trzecie będzie brał udział w robotach rozbiórkowych. Uznawał, że de facto udostępnione zostaną jedynie dwie maszyn, które zostaną wypożyczone. W piśmie procesowym, natomiast, fikcyjność upatrywał w tym, ze podmiot trzeci winien wykonywać zamówienie - proporcjonalnie w stosunku do całości przedmiotu zamówienia. Stwierdzał, że podmiot trzeci będzie brał udział w rozbiórce części obiektu kompleksowego, układania płyt drogowych i demontażu, a pozostałe „sam" Przystępujący. Wyliczając na podstawie udzielonych wyjaśnień odnośnie podejrzenia ceny rażąco niskiej ten udział na 15 %.

Z tych względów Izb odniesie się do zarzutu jedynie w jego pierwotnym brzmieniu, uznając, że Odwołujący dokonał zmiany zarzutu, jedynie pozornie zachowując jego pierwotny sens.

Odnośnie możliwości zmiany tak podmiotu wskazanego, jako podwykonawca, jak

1 samego zakresu podwykonawstwa, Izba przywołuje za wyrokiem KIO z 17.07.2018 r., sygn. akt: 1304/18: „(...) Skoro zatem powierzenie podwykonawcy części zamówienia może nastąpić dopiero w trakcie realizacji zamówienia, tym bardziej dopuszczalne jest

doprecyzowanie zakresu podwykonawstwa w okresie od złożenia oferty do zawarcia umowy.

W orzecznictwie Izby kształtuje się pogląd, zgodnie z którym zmiana zakresu prac powierzanych podwykonawcy nie uzasadnia odrzucenia oferty na podstawie art. 89 ust. 1 pkt

2 Pzp. Przykładowo w wyroku wydanym w sprawie KIO 1528/17 stwierdzono, że o ile zamawiający nie zmodyfikuje w szczególny sposób przepisów Prawa zamówień publicznych, to zakres prac podwykonawcy nie jest objęty zakresem treści oferty, nie przekłada się więc

na treść przyszłego zobowiązania. Podanie zakresu prac, które będą wykonane przez podwykonawcę ma charakter wyłącznie informacyjny. Ponadto w wyroku w sprawie KIO 2336/17, Izba wywiodła, że wymóg wskazania podwykonawców w związku z treścią art. 36b ust. 1 Pzp nie ma charakteru bezwzględnego, a zaniechanie podania wyczerpujących informacji w tym zakresie nie może skutkować wyciąganiem wobec wykonawców negatywnych konsekwencji w postaci odrzucenia oferty. Wynika to przede wszystkim z tego, iż przepisy art. 36b, a także 36ba Pzp odnoszą się do etapu realizacji umowy (a nie etapu oceny oraz wyboru oferty najkorzystniejszej). Wykonawcy nie muszą znać pełnej listy podwykonawców na etapie składania oferty, a ich wskazanie może nastąpić także na etapie realizacji umowy. Informacje dotyczące podwykonawców nie stanowią zatem treści oferty sensu stricto.

Skoro zatem, co do zasady, ewentualna zmiana zakresu podwykonawstwa nie uzasadnia odrzucenia oferty na podstawie art. 89 ust. 1 pkt 2 Pzp, to tym bardziej doprecyzowanie zakresu podwykonawstwa podmiotu, na którego zasoby powołuje się

wykonawca, następujące w granicach podwykonawstwa ustalonego w treści oferty, nie

stanowi podstawy do odrzucenia takiej oferty na podstawie art. 89 ust. 1 pkt 1 Pzp. (...)".

W niniejszym orzeczeniu zostało przedstawione aktualne i wiążące stanowisko KIO w kontekście aktualnego stanu prawnego w tym zakresie. Podobne stanowisko wynikało z orzeczeń KIO przedstawionych przez Zamawiającego w jego odpowiedzi na odwołanie, czy też wcześniejszego orzecznictwa - wyrok KIO z 26.01.2016 r., sygn. KIO 2755/15; KIO 2756/15; KIO 2819/15; KIO 2826/15; KIO 2833/15; KIO 2837/15: "Izba w tym zakresie podzieliła stanowisko Przystępującego, że oświadczenie o udziale podwykonawców jest oświadczeniem wiedzy, ma jedynie walor informacyjny, a brak podania tej informacji nie wywołuje żadnych negatywnych skutków prawnych. Nawet zmiana takiego oświadczenia w toku postępowania o udzielenie zamówienia nie jest istotną zmianą treści oferty."

Biorąc powyższe pod uwagę, Izba uznała jak na wstępie.

Odnośnie zarzutu trzeciego. Izba z uwagi na oddalenie zarzutu drugiego, oddaliła także niniejszy zarzut. Uznając zarazem nie została spełniona żadna z trzech przesłanek zastosowania tego przepisu. Przepis art. 24 ust. 1 pkt 16 Pzp zawiera w swojej treści kilka elementów, których spełnienie jest wymagane do stwierdzenia naruszenia tego przepisu.

W pierwszej kolejności, należy wykazać, iż wykonawca wprowadził zamawiającego w błąd. Następnie, wprowadzenie Zamawiającego w błąd musi być wynikiem podania nieprawdziwych informacji związanych z przesłankami wykluczenia wykonawcy z postępowania, spełniania warunków udziału w postępowaniu lub w wyniku zatajenia określonych informacji. Poza tym, należy wykazać, że działanie wykonawcy było wynikiem zamierzonego działania lub rażącego niedbalstwa. Podstawą wykluczenia określona w art. 24 ust. 1 pkt 16 Pzp może być zastosowana wtedy, gdy wykonawca zamierza wprowadzić zamawiającego w błąd, a więc jego działanie cechuje wina umyślna, zarówno w zamiarze bezpośrednim, jak i ewentualnym. Zamiar bezpośredni występuje wtedy, gdy wykonawcę chce wprowadzić zamawiającego w błąd, natomiast zamiar ewentualny wtedy, gdy nie chce, ale przewidując możliwość wprowadzenia w błąd, godzi się na to.

Niezależnie od tego, podstawą wykluczenia określona w art. 24 ust. 1 pkt 16 Pzp może być zastosowana także wtedy, gdy działanie wykonawcy charakteryzuje rażące niedbalstwo. Rażące niedbalstwo nie jest winą umyślną, lecz kwalifikowaną postacią winy nieumyślnej zakładającą, że osoba podejmująca określone działania powinna przewidzieć ich skutki. Od zwykłej winy nieumyślnej różni się tym, że przewidzenie było tak oczywiste, iż graniczy z celowym działaniem.

Biorąc powyższe pod uwagę, Izba uznała jak na wstępie.

Odnośnie zarzutu czwartego, Izba uznała w/w za podlegający uwzględnieniu.

Izba nie przeczy, że mimo, iż ciężar dowodu spoczywa na Przystępującym, nie zwalnia to Odwołującego z obowiązku dowodzenia, a przynajmniej uprawdopodobnienia określonych twierdzeń.

Inaczej mówiąc na Odwołujący ciąży obowiązek udowodnienia twierdzeń zwartych w odwołaniu, a art. 190 ust. 1 a Pzp wprowadzając szczególny rozkład ciężaru dowodu odnośnie rażąco niskiej ceny (pkt 1 - na Wykonawcę, który ją złożył, jeśli jest stroną albo uczestnikiem postepowania, pkt 2 - na Zamawiającego, jeżeli wykonawca, który złożył ofertę, nie jest uczestnikiem postępowania) nie zwalnia Odwołującego z reguły, ze wpierw musza zaistnieć w postepowaniu odwoławczym fakty, z których wywodzone są skutki prawne (podobnie w wyroku SO w Warszawie z 05.11.2018 r., sygn. akt: XXIII Ga 423/18), to w przedmiotowej sprawie Odwołujący sprostał powyższemu obowiązkowi.

W tym wypadku Przystępujący czterokrotnie przedstawił wyjaśnienia nie przedstawiając żadnego dowodu w zakresie czynników mających charakter zewnętrzny, a które pozwoliły na zaoferowanie przez Przystępującego tak korzystnej, tj. niskiej ceny. Izba także nie przeczy ze wyjaśnienia są szczegółowe i obszerne, jak i że Przystępujący odnosił się szczegółowo do kolejnych wezwań. Przy czym, czynił to z jednym wyjątkiem w zakresie dowodów, wzmiankował jedynie możliwość ich złożenia, co do kosztów wynagrodzenia pracowników. Mimo, że został wyraźny o nie także wezwany.

W tym zakresie należy zauważyć, że jeśli w wypadku kosztów wewnętrznych może taki dowód stanowić stosowna tabela ze szczegółowym wyliczeniem, jak została złożona. Podobnie w wyroku KIO z 13.03.2018 r., sygn. akt: KIO 315/18: „(.) Izba przypomina za

orzecznictwem, że tego rodzaju kalkulacja, jak złożona - ma charakter dowodu wewnętrznego, który ma charakter wystarczający, gdy na cenę składają się przed wszystkim elementy, o których wartości decyduje głównie Wykonawca (za wyrokiem KIO z 17.07. 2015 r., sygn. akt: KIO 1410/15, czy też wyrok KIO 05.05.2016 r., sygn. akt: KIO 598/16)(.)".

To jeśli Wykonawcy dostępne są szczególne tylko jemy uwarunkowania cenowe - musi przedstawić dowody potwierdzające ich realne istnienie po jego stronie. Same wyjaśnienia nie wystarczą gdyż są gołosłowne. W zakresie konieczności załączenia dowodów do wyjaśnień Izba podkreśla za wyrokiem KIO z 29.04.2016 r., sygn. akt: KIO 596/16: „W odniesieniu do obowiązku przedstawienia dowodów Izba wskazuje, że obowiązek ten spoczywa na wykonawcy w każdej sytuacji powołania się na okoliczności, w przypadku których możliwe jest przedłożenie dowodów. Poprzestanie w takiej sytuacji na oświadczeniu własnym wykonawcy jest niewystarczające i czyni wyjaśnienia gołosłownymi. Mogą oczywiście pojawić się w wyjaśnieniach takie okoliczności, w przypadku których złożenie dodatkowych dowodów nie jest niezbędne, a samo oświadczenie wykonawcy pokazuje prawidłowość kalkulacji ceny. Jeżeli jednak wykonawca powołuje się na takie okoliczności jak szczególnie niskie koszty zakupu materiałów/środków potrzebnych do wykonania zamówienia, innowacyjną politykę czy dysponowanie własnym sprzętem może i powinien załączyć do wyjaśnień stosowne umowy, oferty, dokumenty wewnętrzne firmy, które potwierdza powyższe okoliczność.". Podobnie w wyroku KIO z 14.09.2018 r., sygn. akt: KIO 1764/18.

Takich dowodów Przystępujący nie przedstawił mimo, iż wezwania wyraźnie do tego także się odnoszą (pierwsze przed aukcją i pierwsze po aukcji). Ich dodatkowe warunkowanie przez Przystępującego w złożonych wyjaśnieniach jest niedopuszczalne (pierwsze przed aukcją i pierwsze po aukcji). W ocenie Izby, Przystępujący winien przedstawić kluczowe dokumentu w zakresie tego, czy rzeczywiście dysponuje własną kruszarką, ma prawo do zbierania i utylizacji określonych frakcji odpadów, a w jakim zakresie i za jaką cenę korzysta z podmiotów zewnętrznych (kwestia papy poruszona na rozprawie jest jedynie tego przykładem i dobitnie potwierdza zasadność stanowiska Izby w tym zakresie). Ponadto, dokumenty odnośnie ofert geodetów, w zakresie w którym jak wyraźnie podał w wyjaśnieniach korzysta z podmiotów zewnętrznych (pierwsze przed aukcją i pierwsze po aukcji). Podobnie, co do kosztów paliwa. Jest rzeczą oczywistą, notoryjną, że Wykonawca korzysta w sposób co najmniej regularny z określonych źródeł, tj. dostawców paliwa i bez żadnych problemów jest w stanie przedstawić dokument potwierdzający - koszt paliwa. Podobnie, czynią to inni Wykonawcy praktycznie każdorazowo przy tego typu, jak w tym wypadku wyjaśnieniach. Stanowisko Przystępującego przedstawione na rozprawie, że nie musiał składać dowodów jest zaskakujące, gdyż na wstępie uniemożliwiał wiarygodne zweryfikowanie kosztów związanych np. kruszeniem gruzu i jego sprzedażą za określoną cenę wraz generowanym z tego tytułu zysku. Jest to istotne z punktu widzenia przedmiotu zamówienia, który dotyczy rozbiórki - 8 obiektów budowlanych ZPMW zlokalizowanych na terenie SRK SA, KWK „Krupiński" Oddział w Suszcu, gdzie gruz będzie dość istotnym elementem kosztotwórczym.

W tym zakresie Izba podkreśla za orzecznictwem, że Zamawiający nie może zastępować Przystępującego. Izba w tym zakresie podzieliła stanowisko wyrażone w wyrok KIO z 03.01.2017 r., sygn. akt: KIO 2391/16; KIO 2392/16: „(...) Zamawiający natomiast w odpowiedzi na odwołanie, z enigmatycznych wyjaśnień wykonawcy (....) wyprowadził własne uzasadnienie oferowanych cen (....), w istocie bazując na swojej własnej wiedzy, a nie na złożonych wyjaśnieniach. (....) zamawiający, wbrew postanowieniom art. 90 ust. 2 ustawy Pzp - przejął na siebie obowiązek uzasadnienia prawidłowości ceny oferty wykonawcy (...) Sam fakt uruchomienia procedury z art. 90 ust. 1 Pzp potwierdza, że zamawiający powziął wątpliwości co do realności cen wezwanego wykonawcy, które w konsekwencji, bez wyjątku wymagają wyjaśnienia w myśl wskazań danej normy i oceny tychże wyjaśnień. Zgłoszone dowody odnoszą się ogólnej wiedzy zamawiającego na temat kształtowania się cen danych usług, a nie do enigmatycznych wyjaśnień wykonawcy (...). Można rzec, zamawiający "wyręcza" wykonawcę (....) w zakresie złożenia dowodów na okoliczności zaprzeczenia - rażąco niskiej ceny oferty (...)".

Podobnie za wyrokiem KIO z 19.01.2017 r., sygn. akt: KIO 28/17, czy też wyrokiem KIO z 05.04.2017 r., sygn. akt: KIO 539/17: „Żądanie wyjaśnień i dowodów na ich potwierdzenie, jest niezależne od tego, czy Zamawiający aktualnie współpracuje z danym wykonawca, czy też nie. Zgodnie z zasadami określonymi w art. 7 ust. 1 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 lub informacjach ogólnodostępnych (np. składanych przez wykonawcę w innym postępowaniu). Zgodnie z art. 90 ust. 2 Pzp, obowiązek wykazania, że oferta nie zawiera rażąco niskiej ceny spoczywa wyłącznie na wykonawcy. Zamawiający nie może zwolnić wykonawcy z tego obowiązku z tego względu, że wykonawca realizuje na jego rzecz umowę na zbliżony przedmiot zamówienia. Takie działanie stanowi naruszenie elementarnych zasad obowiązujących w postępowaniu o udzielenie zamówienia publicznego, w tym w szczególności zasady zachowania w postępowaniu uczciwej konkurencji i równego traktowania wykonawców, a także zasady jawności i przejrzystości postępowania o udzielenie zamówienia publicznego.", (str. 16-17 uzasadnienia).

Nie chodzi przy tym tylko i wyłącznie o nie spełnienia przez Przystępującego wymogu formalnego - braku dowodów, ale zachowania zasady równego traktowania i uczciwej konkurencji (art. 7 ust. 1 Pzp). Odwołujący bowiem wbrew sugestiom przeciwnym Przystępującego z rozprawy złożył dowody wraz z wyjaśnieniami (na wezwanie z 11.04. 2019 r., wyjaśnienia z 15.04.2019 r.), tak cennik na odpady za które będzie dokonywana utylizacja odpadów obowiązujący od 01.04.2019 r., jak i ofertę geodetów z 12.03.2019 r., rachunek za paliwo (faktura nr MAG/0501/2019), a nawet przy dopytaniu (wezwanie z 17.04.2019 r., wyjaśnienia z 18.04.2019 r. /wpływ 24.04.2019 r./) oświadczenie podmiotu zewnętrznego o możliwości nieodpłatnego przekazania gruzu z przedmiotowej rozbiórki. Wynika wiec z tego również, że dowody były możliwe do uzyskania.

Ewentualne dopytywanie Przystępującego w tym zakresie byłoby działaniem sprzecznym ze wskazana wyżej zasadą i stanowiłoby de facto, przywracanie terminu. Za wyrokiem KIO z 24.08.2017 r., sygn. akt: KIO 1637, sygn. akt: KIO 1673/17: „Izba naturalnie pamięta o możliwości wieloetapowego wezwania do wyjaśnień (dopytywania), ale także

w granicach pierwszych wyjaśnień, a nie ponad je. Izba wskazuje, że można wnosić o dowody dodatkowe, a nie dowody, których nie było, gdyż jest to przejaw (brak ich

załączenia do wyjaśnień, czy też brak wskazania) - braku współpracy ze strony Wykonawcy.

W przedmiotowym stanie faktycznym, Izba nie dopuszcza możliwości nakazania ponownego wezwania o wyjaśnienia - tzn. dopytywania (doprecyzowania), gdyż byłoby to ponad to, co zostało faktycznie złożone przez Odwołującego. Brak wiarygodnych wyjaśnień i dowodów - brak ich załączenia do wyjaśnień - to brak współpracy ze strony Wykonawcy. Podobnie w wyroku KIO z 14.06.2016 r., sygn. akt: KIO 962/16, czy też w wyroku KIO z 06.09.2016 r., sygn. akt: KIO 1598/16."

Nadto, Przystępujący mimo bycia profesjonalistą, wzywania do dowodów, wyraźnie

oświadczył na rozprawie, że nie widział potrzeby ich składnia: „(...) SIWZ nie zakładała obowiązku składania faktur i umów w tym zakresie (...)". Tak przynajmniej Izba odczytała stanowisko wyrażone podczas rozprawy przez Przystępującego.

Biorąc powyższe pod uwagę, Izba uznała jak na wstępie.

Odnośnie zarzutu szóstego, Izba z uwagi na uwzględnienie zarzutu czwartego, uwzględniła ten zarzut, nakazując unieważnienie wyboru oferty najkorzystniejszej

z 03.06.2019 r.

Biorąc powyższe pod uwagę, Izba uznała jak na wstępie.

W tym stanie rzeczy, Izba uwzględniła odwołanie na podstawie art. 192 ust. 1 zdanie pierwsze i ust. 2 Pzp oraz orzekła jak w sentencji na podstawie art. 192 ust. 3 pkt 1 Pzp.

Jednocześnie w zakresie kosztów, Izba dodatkowo względem tego co przedstawiono poniżej podkreśla, że mimo uwzględnienia jednego zarzutu, ma on charakter kluczowy, gdyż skutkuje odrzuceniem oferty Przystępującego i jego uznanie wpływa na czynność wyboru

oferty najkorzystniejszej.

O kosztach postępowania orzeczono stosownie do wyniku sprawy, na podstawie przepisu art. 192 ust. 9 i 10 Pzp w zw. z § 3 pkt 1 lit. a i pkt 2 lit. b oraz § 5 ust. 4 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 (t.j.: Dz. U. z 2018 r. poz. 972). Izba uznała wniosek Odwołującego o zasądzenie kosztów wynagrodzenia pełnomocnika w kwocie 3.600,00 zł, tj. tj. w maksymalnej kwocie dopuszczonej przez w/w rozporządzenie (§ 3 pkt 2 lit. b w/w rozporządzenia).

Przewodniczący: