Sygn. akt: KIO 3338/20

WYROK

z dnia 14 stycznia 2021 r.

Krajowa Izba Odwoławcza - w składzie:

Przewodniczący:Ewa Sikorska

Protokolant:Aldona Karpińska

po rozpoznaniu na rozprawie w dniu 12 stycznia 2021 roku w Warszawie odwołania wniesionego do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej w dniu 14 grudnia 2020 r. przez wykonawcę **L. W.** w postępowaniu prowadzonym przez **Spółkę Restrukturyzacji Kopalń Spółkę Akcyjną w Bytomiu**

przy udziale wykonawcy **ENERGOKON-PLUS Spółka z ograniczoną odpowiedzialnością w Sosnowcu** zgłaszającego swoje przystąpienie do postępowania odwoławczego po stronie **odwołującego**

orzeka:

1.uwzględnia odwołanie w zakresie zarzutu naruszenia art. 89 ust. 1 pkt 4 w zw. z art. 90 ust. 2 i 3 ustawy z dnia 29 stycznia 2004 roku – Prawo zamówień publicznych (Dz. U. z 2019 roku, poz. 1843 ze zm. – ustawa P.z.p.) poprzez zaniechanie odrzucenia oferty wykonawcy D. M. jako oferty zawierającej rażąco niską cenę oraz zarzutu naruszenia art. 91 ust. 1 ustawy P.z.p. poprzez dokonanie wyboru jako najkorzystniejszej oferty złożonej przez wykonawcę D. M. i nakazuje zamawiającemu – **Spółce Restrukturyzacji Kopalń Spółce Akcyjnej w Bytomiu**– unieważnienie czynności wyboru najkorzystniejszej oferty, odrzucenie oferty wykonawcy D. M. i dokonanie ponownej oceny ofert,

2.w pozostałym zakresie zarzuty odwołania oddala,

3.kosztami postępowania obciąża **Spółkę Restrukturyzacji Kopalń Spółkę Akcyjną w Bytomiu** i

3.1.zalicza w poczet kosztów postępowania odwoławczego kwotę **10 000 zł 00 gr** (słownie: dziesięć tysięcy złotych zero groszy), uiszczoną przez wykonawcę **L. W.** tytułem wpisu od odwołania,

3.2.zasądza od **Spółki Restrukturyzacji Kopalń Spółki Akcyjnej w Bytomiu** na rzecz **L. W.** kwotę **13 600 zł gr** (słownie: trzynaście tysięcy sześćset złotych zero groszy), stanowiącą koszty postępowania odwoławczego poniesione z tytułu wpisu od odwołania i wynagrodzenia pełnomocnika.

Stosownie do art. 198a ust. 1 i 2 ustawy z dnia 29 stycznia 2004 r. - Prawo zamówień publicznych (Dz. U. z 2019 r., poz. 1843 ze zm.) oraz art. 580 ust.1 ustawy z dnia 11 września 2019 r. - Prawo zamówień publicznych (Dz. U. z 2019 r. poz. 2019 ze zm.) w związku z art. 92 ust.1 ustawy z dnia 11 września 2019 r. Przepisy wprowadzające ustawę – Prawo zamówień publicznych (Dz.U z 2019 r. poz.2020), na niniejszy wyrok, w terminie 7 dni od dnia jego doręczenia, przysługuje skarga, za pośrednictwem Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej, do **Sądu Okręgowego w Warszawie.**

……

Sygn. akt: KIO 3338/20

Uzasadnienie

Zamawiający – Spółka Restrukturyzacji Kopalń SA w Bytomiu – prowadzi postępowanie o udzielenie zamówienia publicznego, którego przedmiotem jest rozbiórka obiektów w Czerwionce Leszczynach, położonych na terenie byłej KWK Dębieńsko" dla SRK S.A. w Bytomiu Oddział Kopalnie Węgla Kamiennego w Całkowitej Likwidacji.

Postępowanie prowadzone jest na podstawie przepisów ustawy z dnia 29 stycznia 2004 roku – Prawo zamówień publicznych (Dz. U. z 2019 roku, poz. 1943 ze zm.), zwanej dalej ustawą P.z.p.

W dniu 14 grudnia 2020 roku wykonawca L. W. (dalej: odwołujący) wniósł odwołanie wobec czynności (zaniechań) zamawiającego, polegających na:

1.zaniechaniu wykluczenia z postępowania wykonawcy D. M. wykonującego działalność gospodarczą pod firmą Ulman D. M., (dalej: „Ulman D. M."), który to w wyniku zamierzonego działania lub rażącego niedbalstwa wprowadził zamawiającego w błąd co do zakresu uprawnień zawodowych posiadanych przez osobę wskazaną do pełnienia funkcji kierownika budowy;

2.zaniechaniu wykluczenia z postępowania wykonawcy Ulman D. M. w związku z brakiem wykazania spełniania warunków udziału w postępowaniu w odniesieniu do:

1)warunku dysponowania minimum 1 osobą posiadającą uprawnienia budowlane do kierowania robotami budowlanymi bez ograniczeń w specjalności konstrukcyjno-budowlanej wydane zgodnie z przepisami ustawy z dnia 7 lipca 1994r. Prawo budowlane, zgodnie z Rozporządzeniem Ministra Inwestycji i Rozwoju z dnia 29 kwietnia 2019 r. w sprawie przygotowania zawodowego do wykonywania samodzielnych funkcji technicznych w budownictwie lub uprawnienia budowlane równoważne wydane na podstawie wcześniejszych przepisów prawa, i która legitymuje się aktualną przynależnością do właściwej izby samorządu zawodowego;

2)warunku wykazania się należytym wykonaniem robót budowlanych w okresie ostatnich 5 lat przed upływem terminu składania ofert, a jeżeli okres prowadzenia działalności jest krótszy - w tym okresie, w ramach jednej lub kilku umów polegającą na wykonaniu robót rozbiórkowych obiektów budowlanych o wartości minimum 500.000,00 zł brutto wraz z dowodami określającymi czy te roboty budowlane zostały wykonane należycie;

3.zaniechaniu odrzucenia oferty Ulman D. M. jako zawierającej rażąco niską cenę,

4.dokonaniu wyboru oferty Ulman D. M. jako oferty najkorzystniejszej w postępowaniu;

- w skutek czego w postępowaniu doszło do naruszenia:

1.art. 24 ust. 1 pkt 16 ustawy P.z.p., poprzez zaniechanie wykluczenia z postępowania wykonawcy Ulman D. M., podczas gdy ww. wykonawca w wyniku zamierzonego działania lub rażącego niedbalstwa wprowadził zamawiającego w błąd co do zakresu uprawnień zawodowych posiadanych przez osobę wskazaną do pełnienia funkcji kierownika budowy;

2.art. 24 ust. 1 pkt 12 w zw. z art. 22 ust. 1 pkt 2 ustawy, poprzez zaniechanie wykluczenia z postępowania wykonawcy Ulman D. M., podczas gdy ww. wykonawca nie wykazał, że (1) dysponuje minimum 1 osobą posiadającą uprawnienia budowlane do kierowania robotami budowlanymi bez ograniczeń w specjalności konstrukcyjno-budowlanej, (2) należycie wykonał roboty budowlane w ramach jednej lub kilku umów polegające na wykonaniu robót rozbiórkowych obiektów budowlanych o wartości minimum 500.000,00 zł brutto wraz z dowodami określającymi czy te roboty budowlane zostały wykonane należycie;

3.art. 89 ust. 1 pkt 4 w zw. z art. 90 ust. 2 i 3 ustawy P.z.p., poprzez zaniechanie odrzucenia oferty wykonawcy Ulman D. M. jako oferty zawierającej rażąco niską cenę, podczas gdy treść udzielonych przez ww. wykonawcę wyjaśnień potwierdza, że oferta zawiera rażąco niską cenę,

4.art. 91 ust. 1 ustawy P.z.p., poprzez dokonanie wyboru oferty wykonawcy Ulman D. M. jako oferty najkorzystniejszej w postępowaniu, podczas gdy oferta ww. wykonawcy podlega odrzuceniu, a wykonawca podlega wykluczeniu z postępowania.

Odwołujący wniósł o nakazanie zamawiającemu:

1.unieważnienia czynności wyboru oferty najkorzystniejszej;

2.wykluczenia z postępowania wykonawcy Ulman D. M.;

3.dokonania odrzucenia oferty wykonawcy Ulman D. M.;

4.powtórzenia czynności oceny ofert i wyboru oferty najkorzystniejszej.

Odwołujący podniósł, że jest czynnie legitymowany do wniesienia odwołania, na zasadzie art. 179 ust. 1 ustawy, bowiem posiada on interes w uzyskaniu zamówienia (złożona przez odwołującego oferta posiada cechy pozwalające na uznanie jej za ofertę najkorzystniejszą w postępowaniu). W wyniku naruszenia przepisów ustawy interes odwołującego w uzyskaniu przedmiotowego zamówienia doznał zaś uszczerbku, bowiem zamawiający bezpodstawnie dokonał wyboru oferty podlegającej odrzuceniu, złożonej przez wykonawcę podlegającego wykluczeniu z postępowania.

W odpowiedzi na odwołanie z dnia 7 stycznia 2020 roku zamawiający wniósł o oddalenie odwołania w całości.

Izba ustaliła, co następuje:

Zamawiający prowadzi postępowanie o udzielenie zamówienia publicznego w trybie przetargu nieograniczonego z zastosowaniem aukcji elektronicznej, którego przedmiotem jest Rozbiórka obiektów w Czerwionce Leszczynach położonych na terenie byłej KWK Dębieńsko" dla SRK S.A. w Bytomiu Oddział Kopalnie Węgla Kamiennego w Całkowite Likwidacji.

Zgodnie z opisem sposobu oceny spełniania warunków udziału w postępowaniu - pkt 5.3 lit. a specyfikacji istotnych warunków zamówienia (s.i.w.z.), w odniesieniu do dysponowania osobami skierowanymi przez wykonawcę do realizacji zamówienia, wykonawca powinien wykazać dysponowanie m.in. minimum 1 osobą posiadającą uprawnienia budowlane do kierowania robotami budowlanymi bez ograniczeń w specjalności konstrukcyjno- budowlanej wydane zgodnie z przepisami ustawy z dnia 7 lipca 1994 r. Prawo budowlane, zgodnie z rozporządzeniem Ministra Inwestycji i Rozwoju z dnia 29 kwietnia 2019 r. w sprawie przygotowania zawodowego do wykonywania samodzielnych funkcji technicznych w budownictwie lub uprawnienia budowlane równoważne wydane na podstawie wcześniejszych przepisów prawa, i która legitymuje się aktualną przynależnością do właściwej izby samorządu zawodowego.

Zamawiający, w celu wykazania powyższego warunku, w rozdz. 8 s.i.w.z. lit. A pkt 1 zażądał wykazu osób, skierowanych przez wykonawcę do realizacji zamówienia publicznego, w szczególności odpowiedzialnych za świadczenie usług, kontrolę jakości lub kierowanie robotami budowlanymi wraz z informacjami na temat ich kwalifikacji zawodowych, uprawnień, doświadczenia i wykształcenia niezbędnych do wykonania zamówienia publicznego, a także zakresu wykonywanych przez nie czynności oraz informacją o podstawie do dysponowania tymi osobami.

Wykonawca Ulman D. M. wskazał na to stanowisko Pana J. S. – kierownika budowy.

Z dokumentu przedłożonego przez Ulman D. M. wynika, że osoba wskazana do pełnienia funkcji kierownika budowy – J. S. posiada średnie wykształcenie techniczne (technik budowlany), na podstawie którego Urząd Wojewódzki w Katowicach w dniu 28 grudnia 1984 r. stwierdził, że p. J. S. posiada przygotowanie zawodowe upoważniające do wykonywania funkcji kierownika budowy i robót w specjalności konstrukcyjno-budowlanej.

Z dokumentów przedłożonych przez Ulman D. M. wynika, że p. J. S. posiada średnie wykształcenie techniczne (technik budowlany). Pan J. S. jest upoważniony do:

1)kierowania, nadzorowania i kontrolowania budowy i robót, kierowania i kontrolowania wytwarzania konstrukcyjnych elementów budowlanych oraz oceniania i badania stanu technicznego w zakresie wszelkich budynków i innych budowli o powszechnie znanych rozwiązaniach konstrukcyjnych, z wyłączeniem linii, węzłów i stacji kolejowych, dróg oraz lotniskowych dróg startowych i manipulacyjnych, mostów, budowli hydrotechnicznych,
2)sporządzania w budownictwie osób fizycznych projektów w zakresie rozwiązań architektonicznych:

a)budynków inwentarskich i gospodarczych, adaptacji projektów typowych i powtarzalnych innych budynków oraz sporządzania planów zagospodarowania działki związanych z realizacją tych budynków,
b)budowli nie będących budynkami

Zgodnie z opisem sposobu oceny spełniania warunków udziału w postępowaniu - pkt 5.3 lit. b s.i.w.z., w odniesieniu do warunku posiadania doświadczenia w należytym wykonaniu robót budowlanych w okresie ostatnich 5 lat przed upływem terminu składania ofert, a jeżeli okres prowadzenia działalności jest krótszy - w tym okresie, wykonawca miał wykazać, że wykonał w ramach jednej lub kilku umów polegającą na wykonaniu robót rozbiórkowych obiektów budowlanych o

wartości minimum 500.000,00 zł brutto wraz z dowodami określającymi czy te roboty budowlane zostały wykonane należycie.

Pan D. M. wskazał roboty rozbiórkowe obiektów byłej Huty Siemianowice Śląskie. Przedłożył referencje wystawione przez Nexus Group Sp. z o.o. w Zabrzu z dnia 1 listopada 2016 roku oraz protokół odbioru robót z dnia 30 września 2016 roku.

W postępowaniu złożono 17 ofert. Wykonawca Ulman D. M. zaoferował cenę 7 072 500,00 zł brutto. Ponadto, Ulman D. M. zastrzegł w swojej ofercie 24 - miesięczny termin gwarancji. Zamawiający poinformował, że na sfinansowanie zamówienia zamierza przeznaczyć kwotę 2 528 453,00 zł brutto, Następnie, w dniu 2 września 2020 r., w wyniku przeprowadzonej przez Zamawiającego aukcji elektronicznej wykonawca Ulman D. M. obniżył cenę swojej oferty do kwoty 679 500,00 zł brutto.

W związku z tym, iż cena zaproponowana przez Ulman D. M. za wykonanie zamówienia jest niższa o 40,65% od średniej cen wszystkich złożonych ofert (wynoszącej 1 144 893,38 zł brutto) oraz jest niższa o 73,13% od wartości szacunkowej przedmiotu zamówienia (wynoszącej 2 528 452,56 zł brutto), pismem z dnia 3 września 2020 r. zamawiający zwrócił się do Ulman D. M. z wezwaniem do złożenia wyjaśnień, w tym złożenie dowodów, dotyczących elementów oferty mających wpływ na wysokość ceny. Wezwanie zawierało wymóg wskazania elementów oferty mających wpływ na wysokość ceny oraz rodzaju i wysokości kosztów realizacji poszczególnych elementów. Zamawiający zaznaczył, że wyjaśnienia i dowody powinny dotyczyć w szczególności takich elementów jak:

-oszczędność metody wykonania zamówienia,

-wybranych rozwiązań technicznych,

-wyjątkowo sprzyjające warunki wykonania zamówienia dostępnych Wykonawcy,

-koszty pracy, z zastrzeżeniem, iż ich wartość przyjęta do ustalenia ceny nie może być niższa od minimalnego wynagrodzenia za pracę albo minimalnej stawki godzinowej, ustalonych na podstawie art. 2 ust. 5 ustawy z dnia 10 października 2002 r. o minimalnym wynagrodzeniu za pracę,

-pomoc publiczna udzielona na podstawie odrębnych przepisów,

-wynikających z przepisów prawa pracy i przepisów o zabezpieczeniu społecznym, obowiązującym w miejscu, w którym realizowane jest zamówienie,

-wynikających z przepisów prawa ochrony środowiska,

-powierzenia wykonania części zamówienia podwykonawcy.

Zamawiający zastrzegł, że w wyjaśnieniach należy podać wszelkie obiektywne czynniki odnoszące się do elementów oferty i mające znaczenie dla należytej realizacji zamówienia. Należy podać elementy oferty mające wpływ na wysokość ceny oraz rodzaje i wysokość kosztów realizacji poszczególnych elementów. Wyjaśnienia mają zawierać element kalkulacyjny. Wykonawca jest obowiązany podać koszty pracy, jakie zostały przyjęte w cenie ofertowej, w tym miesięcznie na jedną osobę zatrudnioną przy wykonywaniu zamówienia, a także uzasadnienie dlaczego skalkulowano je w takim wymiarze. Wykonawca obowiązany jest wykazać i udowodnić, że przyjęta do ustalenia ceny oferty wartość kosztów pracy (bez względu na formę zatrudnienia umowa o pracę lub umowa cywilnoprawna) nie jest niższa od minimalnego wynagrodzenia za pracę albo minimalnej stawki godzinowej, ustalonych na podstawie przepisów ustawy z dnia 10 października 2002r. o minimalnym wynagrodzeniu za pracę (Dz.U. z 2017r. poz. 847). Zgodnie z rozporządzeniem Rady Ministrów z dnia 10 września 2019r. w sprawie wysokości minimalnego wynagrodzenia za pracę oraz wysokości minimalnej stawki godzinowej w 2020r., od 01.01.2020r. minimalne wynagrodzenia za pracę ustalone zostało w wysokości 2 600,00 zł, natomiast minimalną stawkę godzinową ustalono w wysokości 17,00 zł. Z zaprezentowanej w wyjaśnieniach przez Wykonawcę szczegółowej kalkulacji ceny oferty musi wynikać jednoznacznie i bezdyskusyjnie, że miesięczne koszty pracy przypadające na każdą z osób zatrudnionych przy wykonywaniu zamówienia nie są niższe od minimalnego wynagrodzenia za pracę albo minimalnej stawki godzinowej. Ponadto w kalkulacji należy uwzględnić koszt pracodawcy wynikający z ustawy o systemie ubezpieczeń społecznych.

W odpowiedzi na powyższe, pismem z dnia 8 września 2020 r. wykonawca Ulman D. M. poinformował, iż kalkulacja ceny oferty wynikała z przyjęcia następujących założeń;

1.W ramach działalności gospodarczej pod firmą Ulman D. M. wykonawca prowadzi małą firmę budowlaną gdzie w porównaniu do firm średnich i dużych, jego koszty ogólne są niskie.

2.Siedziba Ulman D. M. znajduje się w budynku prywatnym będącym moją wykonawcy, a cały park maszynowy mieści się na posesji prywatnej w związku z powyższym wykonawca ponosi znikome koszty utrzymania biura oraz zerowe koszty związane z przechowywaniem maszyn i urządzeń.

3.Ulman D. M. jest firmą która poza wyburzeniami zajmuje się obrotem odpadami, mam więc własne kontenery i środki transportu, tak więc koszty wywozu gruzu i pozostałych odpadów są zmniejszane do minimum.

4.W związku z prowadzonymi pracami Ulman D. M. ma zapotrzebowanie na materiał porozbiórkowy, który zostanie przekruszony i następnie wbudowany.

5.Ulman D. M. posiada na własność cały sprzęt specjalistyczny służący do rozbiórek, w tym: koparki, samochody samowyładowcze, dźwig samojezdny 50 t, nożyce hydrauliczne itp. Żadna z powyższych maszyn nie jest leasingowana więc koszty pośrednie prowadzenia działalności są ograniczone do minimum.

6.Głównym czynnikiem wpływającym na obniżenie czasu trwania oraz kosztów rozbiórki jest zmiana technologii prowadzenia prac rozbiórkowych z ręcznych na mechaniczne oraz zastosowanie różnego rodzaju maszyn pomocniczych przyspieszających tempo prac.

Odnosząc się do ostatniego spośród ww. czynników wpływających na obniżenie ceny Ulman D. M. wskazał, iż czas niezbędny do skruszenia mechanicznego 1 m^3 betonu wynosi około 15 minut (a nie 26,24 godziny jak w przypadku

wyburzenia ręcznego kucia przy użyciu dłuta i młotka). Następną zmianą wpływającą na redukcję czasu wykonania zadania jest zastąpienie ręcznego załadunku odpadów na rzecz mechanicznego przy użyciu chwytaka na ramieniu koparki.

Do wyjaśnień wykonawca dołączył kosztorys prac rozbiórkowych.

Izba zważyła, co następuje:

Odwołanie jest zasadne w zakresie zarzutu naruszenia art. 89 ust. 1 pkt 4 w zw. z art. 90 ust. 2 i 3 ustawy z dnia 29 stycznia 2004 roku – Prawo zamówień publicznych (Dz. U. z 2019 roku, poz. 1843 ze zm. – ustawa P.z.p.) poprzez zaniechanie odrzucenia oferty wykonawcy D. M. jako oferty zawierającej rażąco niską cenę oraz zarzutu naruszenia art. 91 ust. 1 ustawy P.z.p. poprzez dokonanie wyboru jako najkorzystniejszej oferty złożonej przez wykonawcę D. M. .

W pozostałym zakresie odwołanie podlega oddaleniu.

W pierwszej kolejności Izba stwierdziła, że odwołujący jest uprawniony do korzystania ze środków ochrony prawnej w rozumieniu art. 179 ust. 1 ustawy P.z.p. Okoliczność ta nie była pomiędzy stronami sporna.

Odnosząc się do zarzutu dotyczącego zaniechania odrzucenia oferty wykonawcy Ulman D. M. pomimo tego, że jego oferta zawiera rażąco niską cenę w stosunku do przedmiotu zamówienia, Izba wskazuje, że zgodnie z art. 90 ust. 1 ustawy P.z.p., jeżeli zaoferowana cena lub koszt, lub ich istotne części składowe, wydają się rażąco niskie w stosunku do przedmiotu zamówienia i budzą wątpliwości zamawiającego co do możliwości wykonania przedmiotu zamówienia zgodnie z wymaganiami określonymi przez zamawiającego lub wynikającymi z odrębnych przepisów, zamawiający zwraca się o udzielenie wyjaśnień, w tym złożenie dowodów, dotyczących wyliczenia ceny lub kosztu, w szczególności w zakresie:

1)oszczędności metody wykonania zamówienia, wybranych rozwiązań technicznych, wyjątkowo sprzyjających warunków wykonywania zamówienia dostępnych dla wykonawcy, oryginalności projektu wykonawcy, kosztów pracy, których wartość przyjęta do ustalenia ceny nie może być niższa od minimalnego wynagrodzenia za pracę albo minimalnej stawki godzinowej, ustalonych na podstawie przepisów ustawy z dnia 10 października 2002 r. o minimalnym wynagrodzeniu za pracę (Dz. U. z 2015 r. poz. 2008 oraz z 2016 r. poz. 1265);2) pomocy publicznej udzielonej na podstawie odrębnych przepisów;

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.

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

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

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

Ponieważ cena oferty wykonawcy Ulman D. M. była niższa o 40,65% od średniej wszystkich złożonych ofert oraz o 73,13% niższa od wartości szacunkowej zamówienia i nie zaszły przesłanki wyłączające zastosowanie przez zamawiającego art. 90 ust. 1a pkt 1 ustawy P.z.p., o których mowa *in finito* wskazanego przepisu, czynność zamawiającego dotyczącą wezwania przystępującego do złożenia wyjaśnień w zakresie zaoferowanej ceny należy uznać za uzasadnioną.

Zgodnie z art. 190 ust. 1a ustawy P.z.p., ciężar dowodu, że oferta nie zawiera rażąco niskiej ceny, spoczywa na:

1)wykonawcy, który ją złożył, jeżeli jest stroną albo uczestnikiem postępowania odwoławczego;

2)zamawiającym, jeżeli wykonawca, który złożył ofertę, nie jest uczestnikiem postępowania.

Wykonawca Ulman D. M. nie przystąpił do postępowania odwoławczego, zatem ciężar dowodu, że jego oferta nie jest rażąco niska, spoczywał na zamawiającym.

Zamawiający w celu sprostania powyższemu obowiązkowi wniósł o dopuszczenie i przeprowadzenie dowodów z dokumentów: wezwania z dnia 3 września 2020 r. do wyjaśnień elementów oferty mających wpływ na wysokość ceny wraz z odpowiedzią z dnia 8 września 2020 r. i kosztorysem (celem wykazania faktu, iż zaoferowana przez ULMAN D. M. cena nie jest rażąco niska), pisma z dnia 30 grudnia 2020 r. Zamawiający wniósł także o dopuszczenie i przeprowadzenie dowodu z zeznań świadka A. G., celem wykazania faktu, iż cena zastosowana przez wykonawcę Ulman D. M. nie jest ceną rażąco niską, sposobu obliczania ceny oraz elementów kosztorysu.

Izba oddaliła wniosek o przeprowadzenie dowodu z pisma z dnia 30 grudnia 2020 roku oraz z zeznań świadka, Pana A. G. .

Jeśli chodzi o dowód z pisma z dnia 30 grudnia 2020 roku, Izba wskazuje, że złożenie ponownych wyjaśnień w kwestii zaoferowanej ceny jest możliwe tylko w wyjątkowych przypadkach i tylko na ponowne wezwanie zamawiającego. W rozpoznawanym przypadku Izba nie stwierdziła podstaw do ponownego wzywania wykonawcy do złożenia wyjaśnień w tym zakresie. Jak wskazała Krajowa Izba Odwoławcza w wyroku z dnia 18 lutego 2016 roku sygn. akt KIO 150/16, *powtórzenie wezwania do złożenia wyjaśnień musi wynikać z obiektywnych okoliczności uzasadniających*

uszczegółowienie wyjaśnień złożonych przez wykonawcę na pierwsze wezwanie zamawiającego. Przyjąć zatem należy, że uzasadnieniem do skierowania kolejnego wezwania w trybie art. 90 ust. 1 P.z.p., może być np. konieczność rozwinięcia lub uszczegółowienia wyjaśnień już złożonych przez wykonawcę na pierwsze wezwanie, sformułowane przez zamawiającego w sposób ogólny, oparty na literalnym brzmieniu przepisu, co w praktyce zdarza się bardzo często.

Z taką sytuacją nie mieliśmy do czynienia w przedmiotowym postępowaniu. Zamawiający, wzywając wykonawcę Ulman D. M. do złożenia wyjaśnień w kwestii zaoferowanej ceny, nie ograniczył się wyłącznie do przytoczenia przepisu art. 90 ust. 1 ustawy P.z.p., ale wskazał przy tym konkretne obszary, których wyjaśnienia oczekiwał szczególnie. Zamawiający oczekiwał również złożenia kalkulacji, co w piśmie wzywającym do złożenia wyjaśnień zostało nawet wyeksponowane poprzez podkreślenie. Zamawiający bardzo dokładnie wskazał również, jakiego rodzaju wyjaśnień oczekuje wraz z zaznaczeniem obowiązku wykazania, w jaki sposób okoliczności te będą miały wpływ na zaoferowaną cenę.

Tym samym Izba stwierdziła, że brak było podstaw do składania przez wykonawcę Ulman D. M. ponownych wyjaśnień co do zaoferowanej ceny. Jest to o tyle istotne, że w sytuacji, gdy wykonawca z własnej inicjatywy składa ponowne wyjaśnienia, uzyskuje kolejny termin do złożenia dokumentów, które zobowiązany był złożyć na wcześniejszym etapie postępowania o udzielenie zamówienia publicznego. Umożliwienie wykonawcy złożenia wymaganych dokumentów po raz kolejny postawiłoby tego wykonawcę w sytuacji uprzywilejowanej wobec innych uczestników postępowania, co należy uznać za niedopuszczalne w świetle wskazanych w art. 7 ust. 1 ustawy P.z.p. zasad prowadzenia postępowania o udzielenie zamówienia publicznego.

Odnosząc się do wniosku o przeprowadzenie dowodu z zeznań świadka, Izba wskazuje, że w myśl art. 190 ust. 6 ustawy P.z.p., Izba odmawia przeprowadzenia wnioskowanych dowodów, jeżeli fakty będące ich przedmiotem zostały już stwierdzone innymi dowodami.

Podkreślenia wymaga, że w przypadku, gdy podniesiony zostaje zarzut złożenia oferty zawierającej rażąco niską cenę, zamawiający winien w szczególności wykazać zasadność i rzetelność wyjaśnień złożonych przez wykonawcę w wyniku wezwania wystosowanego przez zamawiającego na mocy art. 90 ust. 1 ustawy P.z.p. Izba w postępowaniu odwoławczym ocenia bowiem zgodność z prawem czynności zamawiającego, czyli - w rozpoznawanym przypadku - trafność oceny przez zamawiającego złożonych wyjaśnień. Przedmiotem analizy Izby są zatem dokumenty złożone przez wykonawcę oraz ich ocena przez zamawiającego. Zeznania świadka co do treści złożonych dokumentów Izba uznała ze zbędne wobec jasnej ich treści, natomiast ewentualne uzupełnienie przez świadka dokumentów o treści, których w nich nie było, należy uznać za niedopuszczalne ze względów wskazanych wyżej.

Dokonując analizy wyjaśnień złożonych przez wykonawcę Ulman D. M., Izba stwierdziła, iż wyjaśnienia te są zbyt ogólne, by uznać je za wystarczające do uznania, że wykonawca ten nie zaoferował rażąco niskiej ceny. Wykonawca wskazał jedynie na okoliczności, które – w jego przekonaniu – mają wpływ na obniżenie ceny, bez wskazania, w jaki sposób i o jakie wartości cena mogła zostać obniżona. W ocenie Izby, wykonawca nie wykazał, iż wskazane okoliczności są wyjątkowe i nie przysługują innym wykonawcom, biorącym udział w postępowaniu. Ponadto wykonawca nie wskazał, w jaki sposób wskazane okoliczności wpływają na jego cenę, tzn. w szczególności – o ile dana okoliczność jest w stanie obniżyć cenę oferty. Wykonawca nie udzielił w istocie odpowiedzi na pytania zadane mu przez zamawiającego, który prosił między innymi o wskazanie, w jaki sposób dokonano kalkulacji ceny oraz w jaki sposób podane okoliczności wpływają na obniżenie ceny oferty.

Zamawiający oczekiwał również wskazania w szczegółowej kalkulacji kosztów pracy, jakie zostały przyjęte w cenie ofertowej, w tym miesięcznie na jedną osobę zatrudnioną przy wykonywaniu zamówienia, a także uzasadnienia, dlaczego koszty te skalkulowano w takim wymiarze. Wykonawca obowiązany był wykazać i udowodnić, że przyjęte koszty pracy nie są niższe od minimalnego wynagrodzenia za pracę albo minimalnej stawki godzinowej określonej we właściwych przepisach. Ponadto w kalkulacji należało uwzględnić koszty pracodawcy wynikające z ustawy o systemie ubezpieczeń społecznych.

Wykonawca Ulman D. M. nie wykazał powyższych okoliczności. W szczególności nie wykazał zarobków pracowników zatrudnionych w swoim przedsiębiorstwie, mimo że zamawiający w wezwaniu do złożenia wyjaśnień żądał również przedstawienia dowodów na poparcie wskazanych okoliczności. Dowodami takimi mogą być np. zawarte umowy czy dokumenty płacowe. Przystępujący nie złożył żadnego dowodu w tym zakresie. Nie wiadomo, ile osób będzie wykonywać przedmiotowe zamówienie, jaka będzie wysokość ich wynagrodzenia oraz jakie koszty poniesie pracodawca. Wbrew informacji zawartej w wyjaśnieniach, do wyjaśnień nie załączono szczegółowej kalkulacji kosztów. Wszystkie pozostałe, wskazane w wyjaśnieniach okoliczności, mogą co najwyżej uzupełniać konkretne i szczegółowe analizy i wyliczenia, jednak nie mogą stanowić wyjaśnień samych w sobie. Przyznała to również Krajowa Izba Odwoławcza w wyroku z dnia 9 lipca 2018 roku, sygn. akt KIO 1253/18.

Zamawiający w odpowiedzi na odwołanie oraz w oświadczeniu złożonym na rozprawie wskazywał, że wyjaśnienia wykonawcy Ulman D. M. są dla niego jasne i nie budzą wątpliwości co do tego, że zaoferowana cena nie jest rażąco niska. Argumentacja zamawiającego jest o tyle nieprzekonująca, iż wyjaśnienia nie zawierają elementów, o które zamawiający prosił w wystosowanym wezwaniu. Wyjaśnienia te nie mogą być zatem uwzględnione, w związku z czym oferta wykonawcy podlega odrzuceniu na podstawie art. 89 ust. 1 pkt 4 w zw. z art. 90 ust. 2 i 3 ustawy P.z.p.

Izba oddaliła zarzut naruszenia art. 24 ust. 1 pkt 12 w zw. z art. 22 ust. 1 pkt 2 ustawy, poprzez zaniechanie wykluczenia z postępowania wykonawcy Ulman D. M., podczas gdy ww. wykonawca nie wykazał, że należycie wykonał roboty budowlane w ramach jednej lub kilku umów polegające na wykonaniu robót rozbiórkowych obiektów budowlanych o wartości minimum 500.000,00 zł brutto wraz z dowodami określającymi czy te roboty budowlane zostały wykonane należycie. Odwołujący oparł zarzut na stanowisku, iż z dokumentów przedstawionych przez Ulman D. M. nie wynika, że wykonawca należycie wykonał roboty rozbiórkowe obiektów byłej Huty Siemianowice Śląskie, a zatem nie wykazał spełniania warunku udziału w postępowaniu opisanego w pkt 5.3 lit, b s.i.w.z. Dokumenty mające świadczyć o należytym wykonaniu przedmiotowych robót rozbiórkowych zostały podpisane przez bliżej niesprecyzowane osoby, co do których nie wykazano, że są one upoważnione do reprezentowania podmiotu, na rzecz którego miały zostać wykonane (Nexus Group Sp. z o. o. z siedzibą w Katowicach). Dotyczy to w szczególności dokumentu referencji z dnia 1 listopada 2016 r., na którym znajduje się nieczytelny podpis nieznanej z imienia i nazwiska osoby.

W tym zakresie Izba wskazuje, że podziela stanowisko wyrażone w wyroku Krajowej Izby Odwoławczej z dnia 4

listopada 2011 roku sygn.. akt KIO 2253/11, zgodnie z którym „referencje przedstawiane przez Wykonawców są oświadczeniami wiedzy, nie woli. (…) Przepisy ustawy P.z.p., jak i aktów wykonawczych do niej, nie dają podstaw do weryfikacji osób uprawnionych do działania w imieniu podmiotów, na rzecz których wykonywane były określone roboty wykazywane przez Wykonawcę w celu potwierdzenia spełniania warunków udziału w postępowaniu. (…) Możliwym bowiem jest, że uprawnienie do podpisywania oświadczeń wiedzy, jakimi są referencje, w imieniu takiego podmiotu wynikać będzie z jego wewnętrznych stosunków, nie jest zatem konieczne aby wynikało ono z dokumentów rejestrowych." Ponadto wskazać należy, iż referencja jako dokument korzysta z domniemania prawdziwości opisanych w nim stwierdzeń, do czasu dopóki te twierdzenia nie zostaną obalone przy pomocy innego dowodu lub dokumentu.

Niezależnie od powyższego, Izba wskazuje, że – oprócz referencji – wykonawca złożył również protokół odbioru robót z dnia 30 września 2016 roku, z którego wynika, że roboty zostały wykonane dobrze i zgodnie z dokumentacją. Co do możliwości podpisania protokołu przez osoby w nim wskazane, Izba podtrzymuje stanowisko wyrażone wyżej w odniesieniu do referencji.

Izba oddaliła zarzut naruszenia przez zamawiającego art. 24 ust. 1 pkt 12 w zw. z art. 22 ust. 1 pkt 2 ustawy P.z.p. poprzez zaniechanie wykluczenia z postępowania wykonawcy Ulman D. M., podczas gdy ww. wykonawca nie wykazał, że dysponuje minimum 1 osobą posiadającą uprawnienia budowlane do kierowania robotami budowlanymi bez ograniczeń w specjalności konstrukcyjno-budowlanej oraz zarzut naruszenia art. 24 ust. 1 pkt 16 ustawy P.z.p., poprzez zaniechanie wykluczenia z postępowania wykonawcy Ulman D. M., podczas gdy ww. wykonawca w wyniku zamierzonego działania lub rażącego niedbalstwa wprowadził zamawiającego w błąd co do zakresu uprawnień zawodowych posiadanych przez osobę wskazaną do pełnienia funkcji kierownika budowy.

Odwołujący oparł zarzut na stanowisku, iż z dokumentu przedłożonego przez Ulman D. M. wynika, że osoba wskazana do pełnienia funkcji kierownika budowy – J. S. posiada średnie wykształcenie techniczne (technik budowlany), na podstawie którego Urząd Wojewódzki w Katowicach w dniu 28 grudnia 1984 r. stwierdził, że p. J. S. posiada przygotowanie zawodowe upoważniające do wykonywania funkcji kierownika budowy i robót w specjalności konstrukcyjno-budowlanej. Odwołujący podnosił, że osoba posiadająca średnie wykształcenie techniczne nie może posiadać uprawnień budowlanych do kierowania robotami budowlanymi bez ograniczeń w specjalności konstrukcyjno-budowlanej.

Z odpowiedzi na odwołanie wynika, że zamawiający nie badał powyższej okoliczności. Ewentualne uwzględnienie zarzutu musiałoby zatem prowadzić do nakazania zamawiającemu wszczęcia postępowania wyjaśniającego na podstawie art. 26 ust. 4 i – ewentualnie – ust. 3 ustawy P.z.p. W związku z tym, iż Izba nakazała zamawiającemu odrzucenie oferty wykonawcy Ulman D. M. na podstawie art. 89 ust. 1 pkt 4 w zw. z art. 90 ust. 2 i 3 ustawy P.z.p., prowadzenie postępowania wyjaśniającego w tym zakresie należy uznać za niemające znaczenia, a zarzuty podniesione w tym zakresie – za bezprzedmiotowe dla rozstrzygnięcia odwołania.

Biorąc powyższe pod uwagę orzeczono jak w sentencji.

O kosztach postępowania odwoławczego orzeczono na podstawie art. 192 ust. 9 i 10 ustawy P.z.p., czyli stosownie do wyniku postępowania.

……