

WYROK

z dnia 2 października 2020 r.

Krajowa Izba Odwoławcza – w składzie: Przewodniczący: Piotr Kozłowski

Protokolant: Klaudia Ceyrowska

po rozpoznaniu na rozprawie **29 września 2020 r.** w Warszawie odwołania wniesionego **15 września 2020 r.** do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej

przez **wykonawców wspólnie ubiegających się o udzielenie zamówienia: Dominex sp. z o.o. z siedzibą w Świętochłowicach, NOMET S. N., Czerwionka-Leszczyny**

w postępowaniu o udzielenie zamówienia publicznego pn. *Likwidacja obiektów powierzchniowych SRK S.A. w Bytomiu Oddział w Katowicach KWK „Boże Dary - Mysłowice - Wesola I” Ruch KWK „Boże Dary” Część I, Część II, Część III, Część IV* (nr postępowania ZP-BD-0006/20)

prowadzonym przez zamawiającego: **Spółka Restrukturyzacji Kopalń S.A z siedzibą w Bytomiu**

przy udziale wykonawcy: **ENERGOKON-PLUS sp. z o. o. z siedzibą w Sosnowcu** zgłaszającego przystąpienie do postępowania odwoławczego po stronie Odwołującego

orzeka:

1. Uwzględnia odwołanie i nakazuje Zamawiającemu w części III zamówienia: unieważnienie wyboru jako najkorzystniejszej oferty złożonej przez Recycling Logo Group sp. z o.o. sp. k z siedzibą w Rudzie Śląskiej unieważnienie aukcji elektronicznej, powtórzenie czynności w prowadzonym postępowaniu, w tym wykluczenie tego wykonawcy z uwagi na niewykazanie określonych w ogłoszeniu o zamówieniu i specyfikacji istotnych warunków udziału w postępowaniu w zakresie zdolności technicznej i zawodowej na wezwanie Zamawiającego w trybie art. 26 ust. 3 pzp objęte pismem z 6 sierpnia 2020 r.

2. Oddala odwołanie w pozostałym zakresie.

3. Kosztami postępowania obciąża Odwołującego oraz Zamawiającego po połowie i:

3.1. zalicza w poczet kosztów postępowania odwoławczego kwotę 10000 zł 00 gr (słownie: dziesięć tysięcy złotych zero groszy) **uiszczoną przez Odwołującego tytułem wpisu od odwołania;**

3.2. zasądza od Zamawiającego na rzecz Odwołującego kwotę 6800 zł 00 gr (słownie: sześć tysięcy osiemset złotych zero groszy) – odpowiadającą połowie kosztów postępowania odwoławczego poniesionych przez Odwołującego z tytułu uiszczonego wpisu od odwołania oraz uzasadnionych kosztów strony obejmujących wynagrodzenie pełnomocnika.

Stosownie do art. 198a i 198b ustawy z dnia 29 stycznia 2004 r. – Prawo zamówień publicznych (t.j. Dz. U. z 2019 r. poz. 1843 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 Bytomiu**.

Uzasadnienie

Spółka Restrukturyzacji Kopalń S.A. z siedzibą w Bytomiu {dalej: „Zamawiający”} prowadzi na podstawie ustawy z dnia 29 stycznia 2004 r. – Prawo zamówień publicznych (t.j. Dz. U. z 2019 r. poz. 1843 ze zm.) {dalej również: „ustawa pzp” lub „ppz”} w trybie przetargu nieograniczonego postępowanie o udzielenie zamówienia publicznego na roboty budowlane pn. *Likwidacja obiektów powierzchniowych SRK S.A. w Bytomiu Oddział w Katowicach KWK „Boże Dary Mysłowice - Wesola I” Ruch KWK „Boże Dary” Część I, Część II, Część III, Część IV* (nr postępowania ZP-BD-0006/20)

Ogłoszenie o tym zamówieniu 13 maja 2020 r. zostało zamieszczone w Biuletynie Zamówień Publicznych pod nr 539721-N-2020.

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

10 września 2020 r. Zamawiający zawiadomił drogą elektroniczną wykonawców uczestniczących w powyższym postępowaniu o jego rozstrzygnięciu w części III zamówienia – wyborze jako najkorzystniejszej oferty złożonej przez Recycling Logo Group sp. z o.o. sp. k z siedzibą w Rudzie Śląskiej {dalej również w skrócie: „Recycling Logo Group” lub „RLG”}.

15 września 2020 r. wykonawcy wspólnie ubiegający się o udzielenie zamówienia: Dominex sp. z o.o. z siedzibą w Świętochłowicach, NOMET S. N. z Czerwionki-Leszczyny {dalej: „Odwołujący” lub „Konsorcjum”} wnieśli w stosownej formie elektronicznej do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej odwołanie (zachowując wymóg przekazania jego kopii Zamawiającemu) od powyższej czynności, a także od zaniechania wykluczenia RLG oraz odrzucenia jego oferty.

Odwołujący zarzucił Zamawiającemu następujące naruszenia przepisów ustawy pzp {lista zarzutów}:

1. Art. 90 ust. 2 i 3 w zw. z art. 89 ust. 1 pkt 4 i art. 7 ust. 1 – przez zaniechanie odrzucenia oferty Recycling Logo Group jako zawierającej rażąco niską cenę, podczas gdy treść udzielonych przez tego wykonawcę wyjaśnień potwierdza, że jego oferta zawiera cenę rażąco niską z przyczyn szczegółowo wskazanych w uzasadnieniu odwołania.

2. Art. 7 ust. 1 – przez niezapewnienie uczciwej konkurencji i równego traktowania wykonawców, polegające na zaniechaniu przez Zamawiającego powyżej wskazanych obligatoryjnych działań i w konsekwencji dokonaniu wyboru jako najkorzystniejszej oferty podlegającej odrzuceniu.

3. Art. 90 ust. 1 {Izba uznała w kontekście uzasadnienia tego zarzutu za oczywiste omyłkowe wskazanie tego przepisu} – przez bezpodstawne ponowne zwrócenie się do wykonawcy RLG o uzupełnienie dokumentów w zakresie dysponowania zdolnościami technicznymi i zawodowymi innych podmiotów, co Zamawiający uczynił pismem nr L.dz. SKK/NZ/275/20/HBK/JŚ z 18.08.2020 r., pomimo wezwania nr SRK/NZ/2498/HBK z 30.07.2020 r., w którym Zamawiający jasno wskazał, jakie dokumenty wykonawca winien przedłożyć.

4. Art. 91 ust. 1 – przez dokonanie wyboru oferty Recycling Logo Group jako najkorzystniejszej, podczas gdy podlega ona odrzuceniu.

W związku z powyższymi zarzutami Odwołujący wniósł o uwzględnienie odwołania i nakazanie Zamawiającemu

{lista żądań}:

1. Unieważnienia wyboru najkorzystniejszej oferty.

2. Odrzucenia oferty Recycling Logo Group.

3. Powtórzenia badania i oceny ofert oraz wyboru najkorzystniejszej oferty z udziałem ofert niepodlegających odrzuceniu, Odwołujący sprecyzował zarzuty przez podanie następujących okoliczności faktycznych i prawnych uzasadniających wniesienie odwołania.

{ad pkt 1. listy zarzutów}

Odwołujący zrelacjonował, że 10 września 2020 r. otrzymał zawiadomienie o wyborze najkorzystniejszej oferty, z którego wynika, że w części III została wybrana oferta Recycling Logo Group z ceną 440.000,00 zł, podczas gdy średnia ofert cenowych złożonych wynosiła 848.497,32 zł, natomiast Zamawiający określił swój budżet na 4.135.639,69 zł. Cena oferty RLG jest o 89,36 % jest zatem niższa od tych kwot odpowiednio o 48,14% i 89,36%.

W wezwaniu z 2 lipca 2020 r. (pismo nr SRK/NZ/1953/HBK) Zamawiający jasno określił, że *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.*

Odwołujący zarzucił, że oferta RLG zawiera cenę rażąco niską w stosunku do przedmiotu zamówienia, które obejmuje rozbiórkę aż 4 obiektów, i wątpliwe jest, aby wykonawca zdołał wykonać przedmiot zamówienia w sposób prawidłowy. Kwota ta jest nierealna dla tego wykonawcy, który nie przedstawił w swych wyjaśnieniach okoliczności i dowodów na sprzyjające i dostępne jemu warunki wykonania zamówienia, które nie są jednocześnie dostępne pozostałym wykonawcom działającym na tym samym rynku.

W szczególności również inni wykonawcy (S. S. P.P.U.H.T Stalbet 2) posiadają decyzję środowiskową dotyczącą zagospodarowania gruzu porozbiórkowego lub na jego zbieranie, a ceny ich ofert są znacznie wyższe.

Odwołujący podał, że projekt rozbiórki obiektów zakłada: *wykopy zasypać urobkiem oraz uzupełnić mieszanką piaskowo-żwirową, zasyпки zagęszczać warstwami grubości co 30 cm do JD=0,5.*

Odwołujący zarzucił, że posiadanie własnego pisaku nie zostało poparte żadnym dowodem, tj. certyfikatem zgodności, wykonanymi badaniami laboratoryjnymi potwierdzającymi jego właściwości fizyczne. Ponadto trudno przyjąć, aby materiał powstały po przeróbce innego odpadu mógł posłużyć jako pełnowartościowy materiał zasypowy, akceptowalny przez Zamawiającego.

{1. Rażąco niska cena w odniesieniu do kosztorysu Wykonawcy:}

Odwołujący podał, że:

- według specyfikacji istotnych warunków zamówienia {dalej: „specyfikacja”, „SIWZ” lub „s.i.w.z.”} na realizację rozbiórki 4 obiektów wykonawca ma 2,5 miesiąca (od 1 października do 15 grudnia 2020 r.),

- w wyjaśnieniach RLG przewidziało wykonanie zamówienia – w tym rozbiórki 4 obiektów o łącznej kubaturze ok 10.900 m³, w tym demontażu konstrukcji stalowej wieży szybowej szybu I o wysokości 79,23 m i wadze 359,76 Mg w 4 dni – w jeden miesiąc, przyjmując wynagrodzenie dla wyłącznie 4 osób faktycznie wykonujących prace rozbiórkowe,

- w wyjaśnieniach RLG założyło, że 581,477 Mg złomu stalowego zostanie zdemontowane przez dwóch spawaczy (przepalaczy) w jeden miesiąc, czyli około 22 dni, a wyburzenie obiektów wraz z ich wyposażeniem zajmie 294 motogodziny pracy koparki,

- w wyjaśnieniach ujęto następujące koszty robocizny: 294 godz. pracy dwóch operatorów oraz 336 roboczogodzin (168 x 2 spawaczy) daje 630 roboczogodzin, co przekłada się na łączną kwotę: 17.869,82 zł,

- w wyjaśnieniach przewidziano koszty pracy 350-tonowego żurawia na 60 motogodzin, przy pomocy wyłącznie 2 spawaczy,

- w wyjaśnieniach koszty wynajmu windy samochodowej oszacowano na kwotę 19.800,00 zł netto, a koszty wynajmu i mobilizacji wynajętych maszyn wynajętych określono łącznie na kwotę 85.800,00 zł netto,

- w wyjaśnieniach wskazano pozycję „koszty nieprzewidziane” w kwocie 40 tys. zł.

Odwołujący zarzucił Zamawiającemu, że nie zweryfikował skrócenia przez RLG wykonania przedmiotu tego zamówienia do 1 miesiąca, bez założenia dodatkowych nakładów personelu i maszyn budowlanych, a powyżej wykazane koszty są również nierealne.

Odwołujący podniósł w tym kontekście, że RLG nigdy nie wykonywało demontażu dźwigowych obiektu o konstrukcji stalowej o wysokości blisko 80 m, nie jest więc w stanie przedstawić dowodu, że wykonanie zamówienia w terminie i przy nakładach osobowych wskazanych w wyjaśnieniach jest możliwe.

Według Odwołującego dla prawidłowej realizacji tego zamówienia, przy stawkach wynagrodzenia wynikających z wyjaśnień RLG, należało przewidzieć:

- 3 operatorów koparek x 2,5 miesiąca x 5.072,42 zł = 38.043,15 zł

- 5 pracowników (ogólnobudowlanych, spawaczy-przepalaczy, hakowych) x 2,5 miesiąca x 3.862,49 zł brutto = 28.968,67 zł.

Odwołujący podniósł, że wobec tego różnica w kosztach pracy pomiędzy wyjaśnieniami a niezbędnymi dla prawidłowej realizacji zamówienia wynosi 49.142,00 zł (67.011,82 zł - 17.869,82 zł), czego już nie pokryje kwota przewidziana w wyjaśnieniach na tzw. koszty nieprzewidziane.

W zakresie zaniżenia kosztów pracowniczych Odwołujący zarzucił również, że wątpliwości budzi określenie przez RLG miesięcznego wynagrodzenia kierownika budowy, kierownika robót oraz brygadzysty wskazane w wysokości 2.600,00 zł, gdyż jest to kwota rażąco niska w stosunku do kompetencji, wykształcenia, odpowiedzialności zawodowej oraz zakresu obowiązków wykonywanych przez osoby dozoru.

Odwołujący stwierdził, że oferty S. Dźwigi (paradoksalnie przedsiębiorcy, z którym również on sam współpracuje) jasno wynika, że do kosztów pracy dźwigu zalicza się czas potrzebny na przygotowanie żurawia do pracy, tj. jego montaż, demontaż, rozłożenie, ułożenie balastów, montaż przedłużenia kratowego (tzw. bociana). Z Odwołującego wynika, że kompleksowe rozłożenie oraz złożenie 350-tonowego żurawia w sumie trwa 12-16 godzin.

Odwołujący podniósł, że opierając się na ofertach cenowych podmiotów wskazanych przez RLG, koszt demontażu wieży szybowej (zadanie nr 4) wynoszą 191.240,00 zł, na co składają się następujące pozycje kosztowe [kolejno: cena jednostkowa w zł – liczba godzin – wartość w zł]:

- dźwig 350-tonowy – 750,00 x 150 = 112.500,00,

- dźwig 130-tonowy, 80- metrowy – 400,00 x 100 = 40.000,00,

- zwykła 45-metrowa – 250,00 x 50 = 12.500,00,

- mobilizacja dźwigów – 22.500,00 x 1 = 22.500,00,

- mobilizacja windy – 840,00 x 1 = 840,00,
- koszt na dźwigu + UDT – 2.900,00 x 1 = 2.900,00.

Odwolujący podniósł, że wobec tego różnica pomiędzy koniecznymi kosztami a wykazanymi przez RLG wynosi: 105.440,00 zł netto (191.240,00 zł - 85.800,00 zł), abstrahując od pominiętych kosztów pracowników niezbędnych do realizacji tego zadania (hakowi, spawacze, przepalacze), kosztach zamontowania kosza na wyciągu dźwigu oraz uzyskania dopuszczenia Urzędu Dozoru Technicznego.

{2. Rażąco niska cena w odniesieniu do braku wskazania niezbędnych kosztów, jakie Wykonawca winien ponieść przy realizacji przedmiotowego zadania:}

{1.}

Według Odwołującego RLG nie uwzględnił kosztu żurawia samochodowego (np. 130-tonowego) o wyciągu min. 80 m z koszem, który zgodnie z ofertą firmy Sołtys Dźwigi wynosi minimalnie 45.400,00 zł netto, co jest istotnym przeoczeniem ze względu na specyfikę prac oraz wysokość, na jakiej będą one prowadzone. RLG przewidział w swojej kalkulacji jedynie wyciąg samochodowy o wyciągu do 57 m, podczas gdy konstrukcja wieży sięga 79,23 m, nie wiadomo zatem, jak Wykonawca planował zdemontować i kotwić do transportu pionowego dźwigiem górne partie konstrukcji stalowej wieży szybowej.

Zdaniem Odwołującego w kontekście rażąco niskiej ceny nieuwzględnienie kosztów środka transportu pracowników na wysokość 80 m jest wystarczającym powodem do odrzucenia oferty w całości.

{2.}

Zdaniem Odwołującego ponieważ RLG w ramach mobilizacji sprzętu (własnych dwóch koparek) wskazał koszt zaledwie 4 tys. zł netto, sugeruje to, że nie zakładało przeznaczyć do realizacji zadania nr 4 koparki o wyciągu wyższym niż 11 metrów oraz wadze powyżej 35 ton, gdyż wówczas koszt mobilizacji stałby się co najmniej dwukrotnie wyższy.

Odwolujący podał, że niezależnie od opisu w wyjaśnieniach w uzupełnieniach do oferty z 07.08.2020 r. RLG wskazało na koparki: Liebherr 944 oraz Liebherr 914, obie o wyciągu roboczym ramienia do 22 metrów.

Według wiedzy Odwołującego koparka Liebherr 944 waży znacznie powyżej 35 ton, a więc jej transport jest transportem ponadgabarytowym, którego koszt w dwie strony nie będzie niższy niż 6 tys. zł.

Zarówno w temacie kosztów mobilizacji maszyn jak i w kontekście ilości godzin pracy dźwigu, cena zaproponowana przez wykonawcę dobitnie posiada cechy rażąco niskiej.

Odwolujący podniósł, że bez wykorzystania wysokiej maszyny o wyciągu roboczym ramienia minimum 30 m niemożliwe jest zdemontowanie konstrukcji wieży szybowej w zaledwie 4 dni pracy dźwigu.

Odwolujący podsumował, że niedoszacowanie kosztów mobilizacji sprzętu przez RLG wynosi łącznie 8 tys. zł (gdyż transport w dwie strony koparek wynosi: Liebherr 914 – 6 tys. zł, Liebherr 944 – 8 tys. zł).

{3.}

Odwolujący zarzucił, że w wyjaśnieniach brakuje wskazania kosztów wynajęcia i transportu pomieszczenia socjalnego, sanitarnego (oraz jego serwisowania), ogrodzenia terenu budowy, tablic ostrzegawczych, tablic informacyjnych, szkoleń pracowników, ochrony terenu w okresie 2,5 miesiąca.

Według Odwołującego należało w tym zakresie przyjąć następującą wysokość kosztów netto [jednostkowo oraz w skali 2,5 miesiąca]:

- zaplecze socjalne, zabezpieczenie bhp i ppoż. – kontener socjalny 500 zł, czyli 1.250,00 zł, kontener biurowy 500 zł, czyli 1.250,00 zł, toaleta przenośna 300 zł, czyli 750,00 zł, czyli razem 3.250,00 zł;
- koszt ochrony terenu – 500, czyli 6.250,00 zł (gdyż wbrew twierdzeniom RLG nie może być on ujęty w kwocie 0,00 zł, gdyż ktoś wykonuje pracę, aby kamery zamontować, podpiąć oraz na bieżąco kontrolować zapisy z nagrań);
- zabezpieczenie budowy w energię elektryczną – agregat prądowładczy wraz z paliwem oraz dostawa wody – około 1.000,00 zł (zgodnie z załącznikiem nr 2 do SIWZ Zamawiający nie ma możliwości udostępnienia wykonawcy energii elektrycznej do celów demontażowych i wyburzeniowych, str. 34. SIWZ);
- szkolenia pracownicze dla 11 osób (zgodnie z wykazem RLG, bez geodety, natomiast uwzględniając dwóch projektantów) x 50 zł = 550,00 zł.

Odwolujący podsumował, że łącznie w wycenie RLG brakuje w tym aspekcie łącznie 11.050,00 zł netto, przy czym zastrzegł, że wymienił powyższe koszty wybiórczo, gdyż Zamawiający doskonale powinien wiedzieć, jakie elementy organizacji terenu budowy i zaplecza wykonawca winien uwzględnić.

Odwolujący wywiódł, że wbrew twierdzeniu zawartemu w wyjaśnieniach kalkulacja oferty nie została sporządzona według SIWZ, wraz z dołączonymi projektami i przedmiarami i nie jest z nimi zgodna, czego dowodem są powyższe przykłady.

Odwolujący zrelacjonował ponadto, że RLG w wyjaśnieniach wskazało zysk w dwóch różnych kwotach, tj.: 50.883,54 zł oraz 33.738,70 zł.

Odwolujący zarzucił, że ponieważ niedoszacowanie, zaniżenie oraz ominięcie kosztów w ofercie RLG wynosi 215.032,00 zł netto, która przewyższa kwotę 40 tys. zł zarezerwowaną dla kosztów nieprzewidzianych, cenę tej oferty wykonawcy należy uznać za rażąco niską.

Ponadto w ocenie Odwołującego RLG nie powołał wystarczających dowodów popierających stawiane tezy, a wartości podane w wyjaśnieniach nie mają żadnego oparcia ani w dowodach, ani w wyjaśnieniach tego wykonawcy, a wyliczenia są abstrakcyjne, zawierają duże braki, są niepoparte jakimikolwiek danymi, które byłyby w stanie je uwiarygodnić.

Odwolujący wywiódł, że wyjaśnienia w zakresie ceny oferty lub kosztu lub ich istotnych części składowych, powinny być rzetelne, konkretne i wyczerpujące, gdyż stanowią podstawę oceny prawidłowości ceny oferty, a zatem powinny rozwiewać wątpliwości zamawiającego co do możliwości wykonania przedmiotu zamówienia zgodnie z wymaganiami określonymi w SIWZ lub wynikającymi z odrębnych przepisów. Tym bardziej, że – jak to wynika z art. 90 ust. 3 pzp – oferta podlega odrzuceniu zarówno wówczas, gdy wykonawca w odpowiedzi na wezwanie zamawiającego do złożenia wyjaśnień, w tym dowodów, w przedmiocie rażąco niskiej ceny, w ogóle nie złożył wyjaśnień, jak też wówczas, gdy wykonawca wprawdzie złożył wyjaśnienia, ale są one niepełne, nierzetelne, nie odpowiadają żądaniu zamawiającego i nie wykazują, że oferta nie zawiera rażąco niskiej ceny (zon. wyrok Izby z 26 lipca 2019 r. sygn. akt KIO 1362/19).

{ad pkt 3. listy zarzutów}

Z odwołania wynikają następujące okoliczności odnośnie przebiegu badania spełniania przez RLG warunków udziału dotyczących zdolności technicznych i zawodowych:

- według SIWZ (pkt 5.3.1 lit. a i lit b) wymagane było dysponowanie potencjałem technicznym w zakresie sprzętu niezbędnego do realizacji zadania objętego zamówieniem dla części III (podnośnik koszowy o wyciągu minimum 40 m, 2

dźwigi o wysięgu odpowiednio minimum 40 m i minimum 80 m) oraz dysponowanie projektantami posiadającymi uprawnienia budowlane w specjalności konstrukcyjno-budowlanej bez ograniczeń, aktualne zaświadczenie o przynależności do Okręgowej Izby Inżynierów Budownictwa – min 2 osoby (wykonawca projektu wykonawczego likwidacji wieży szybowej szybu – 1 osoba i sprawdzający projekt – 1 osoba).

- RLG w ofercie z 27.05.2020 r. powołał się na zasoby w postaci „możliwości technicznych, i kwalifikacji zawodowych” Hutpolu sp. z o.o. {dalej: „Hutpol”} (załącznik nr 1a do SIWZ – oświadczenie podmiotów, na zasoby których wykonawca się powołuje celem spełnienia warunków udziału w postępowaniu);

- do wyjaśnień rażąco niskiej ceny z 06.07.2020 r. RLG załączyło ofertę najmu sprzętu budowlanego od Dźwigi S.;

- Zamawiający określił w wezwaniu z 06.08. 2020 r. do uzupełniania dokumentów (pismo nr L.dz. SRK/NZ/ 2600/20/HBK) precyzyjnie dokumenty, jakie wykonawca zobowiązany był przedłożyć dla wykazania spełnienia warunków udziału w postępowaniu;

- z treści złożonego 07.08.2020 r. przez RLG oświadczenia o zamiarze powierzenia wykonania części zamówienia podwykonawcy wynika, że udział Hutpolu polega na „finansowaniu wynajmu sprzętu”;

- P.U.I ARGO A. S., w którego dyspozycji pozostają wskazani w celu wykazania spełnienia warunków udziału w postępowaniu projektanci z branży konstrukcyjno-budowlanej nie została wykazana jako podmiot, na którego zasoby powołuje się RLG.

- Zamawiający wystosował 18.08.2020 r. ponowne wezwanie do RLG dotyczące wykazania spełnienia warunków udziału w postępowaniu;

- 19.08.2020 r. RLG złożył dodatkowo oświadczenia wg wzoru z załącznika nr 1a do SIWZ dla nowych podmiotów: Dźwigi S. oraz Megahossa.

Odwolujący zarzucił, że w powyższych okolicznościach RLG nie wykazało prawidłowo spełnienia przywołanych powyżej warunków udziału w postępowaniu, gdyż:

- nie złożyło wraz z ofertą oświadczeń podmiotów trzecich (tj. P.U.I, ARGO, Dźwigi S., Megahossa), które złożyło dopiero przeszło 2,5 miesiąca później;

- na etapie składania ofert wskazał wyłącznie, że polega na zasobach Hutpolu, którego zakres udziału określił następnie jako finansowanie wynajmu, co nie oznacza dysponowania dwoma dźwigami i podnośnikiem koszowymi;

- Zamawiający nie podstaw do uznania, że RLG spełnia warunek udziału dysponowania projektantami w celu celem sporządzenia projektu wykonawczego rozbiórki wieży szybowej.

Odwolujący zarzucił również Zamawiającemu, że:

- powinien wykluczyć RLG już na etapie badania ofert przed przystąpieniem do aukcji elektronicznej;

- nie powinien wystosowywać do RLG ponownego wezwania do uzupełnienia dokumentów.

Odwolujący podniósł, że w identycznej sytuacji, w której RLG powołało się w ofercie wyłącznie na jeden podmiot i nie spełniało samodzielnie wszystkich warunków udziału w postępowaniu określonych w SIWZ, wyrokiem z 26.08.2020 r. sygn. akt KIO 1851/20 Izba – przytaczając m.in. wyrok Izby z 10.11.2017 r. sygn. akt KIO 2196/17) wydany po orzeczeniu Trybunału Sprawiedliwości z 04.05.2017 r. C-387/14 Esaprojekt – orzekła, że wykonawca, który składając ofertę wykazuje spełnienie warunków udziału jedynie przy pomocy własnego potencjału, gdy okaże się, że pierwotne oświadczenie lub dokumenty nie potwierdzają spełnienia warunków, nie może w ramach uzupełnienia przedstawić dokumentów podmiotów trzecich i dopiero na tym etapie powoływać się na ich zasoby. Jeśli więc nie złoży stosownych oświadczeń (zobowiązań o udostępnieniu) w ofercie, należy uznać, że będzie korzystał z własnych zasobów, tym bardziej że w innym zakresie wykazywał na zasoby MARAT sp. z o.o. (Odwolujący zaznaczył, że analogicznie jak 0w tym postępowaniu RLG powołał się na zasoby Hutpolu). W rezultacie Izba nakazała zamawiającemu odrzucić ofertę RLG ze względu na brak przedłożenia dokumentów potwierdzających dysponowanie osobami oraz potencjałem technicznym.

W odpowiedzi na odwołanie datowanej na 27 września 2020 r. Zamawiający wniósł o oddalenie odwołania, w szczególności z następujących powodów uznając za niezasadne poszczególne zarzuty.

{ad pkt 1. listy zarzutów}

Zamawiający zrelacjonował, że w wyjaśnieniach z 6 lipca 2020 r. RLG oświadczyło w odniesieniu do elementów oferty mających wpływ na wysokość ceny, że:

- nie korzysta z pomocy publicznej,

- korzysta z doświadczenia podwykonawcy wskazanego w ofercie w zakresie {cytat za odpowiedzią na odwołanie} „doświadczenia zadania elektro-energetycznego i referencji, zasobów sprzętowych, uprawnień i kwalifikacji zawodowych”;

- mające wpływ na cenę przepisy dotyczące ochrony środowiska dotyczące zakresu utylizacji materiałów porozbiórkowych zostały uwzględnione w kalkulacji,

- żadne z przepisów z zakresu prawa pracy i ubezpieczeń społecznych obowiązujących na terenie, gdzie zamówienie ma być realizowane, nie mają wpływu na cenę.

Zamawiający podał również, że RLG:

- określiło czas realizacji zadania na 1 miesiąc;

- odniosło się do kosztów pracy, w szczególności przedstawiając koszty robocizny pracowników uczestniczących w procesie robót rozbiórkowych, w tym m.in. kierownika budowy, kierownika robót, dwóch projektantów, pracowników z uprawnieniami spawalniczymi, kierowców, geodety, operatorów koparek (w tym kierownika budowy, kierownika robót oraz brygadzysty po 2600 zł miesięcznie), wskazując, że w każdym przypadku wartość przyjęta do ustalenia ceny nie jest niższa od minimalnego wynagrodzenia za pracę albo minimalnej stawki godzinowej, ustalonych na podstawie art. 2 ust. 5 ustawy z dnia 10.10.2002 r. o minimalnym wynagrodzeniu za pracę;

- przedstawiło koszty materiałów użytych do realizacji zadania,

- przedstawiło koszty użytego do rozbiórki sprzętu, w tym wykazało użycie do robót rozbiórkowych dwóch koparek gąsienicowych wyposażonych m.in. w nożyce hydrauliczne do cięcia betonu i stali;

- przedstawiło koszty związane z utylizacją odpadów pochodzących z rozbiórki budynków, deklarując, że są one na poziomie 0 zł dzięki posiadaniu decyzji na przetwarzanie odpadów;

- przewidziało rezerwę na koszty nieprzewidziane, a związane z wykonaniem przedmiotu zamówienia.

W ocenie Zamawiającego złożone na jego wezwanie wyjaśnienia, zawierające zarówno informacje co do oszczędności metody wykonania zamówienia, rozwiązań technicznych, kosztów pracy, jak i kalkulację kosztów, nie potwierdzają, że zaproponowana przez RLG cena jest rażąco niska.

Zdaniem Zamawiającego posiadanie przez RLG własnego materiału zasypowego (piasek) jest czynnikiem wpływającym na obniżenie ceny i osiągnięcia konkretnych oszczędności z uwagi na brak konieczności jego zakupu.

Ponadto dzięki temu, że RLG posiada decyzję środowiskową dotyczącą zagospodarowania gruzu porozbiórkowego, nie będzie ponosić kosztów jego utylizacji.

Zamawiający stwierdził, że skoro w SIWZ nie stawiał wymogu, aby materiał zasypowy posiadał jakiegokolwiek badania laboratoryjne, oświadczenie o posiadaniu odpowiedniego piasku należy uznać za wystarczające. Zamawiający oświadczył, że założył w SIWZ wykonanie zadania w 2,5 miesiąca, aby uwzględnić nieprzewidziane czynniki, które mogą mieć wpływ na czas jego realizacji. Tym niemniej Zamawiający ocenił zadeklarowany w wyjaśnieniach termin za realny, biorąc pod uwagę, że sposób i czas wykonania robót będzie pochodną technologii przyjętej przez wykonawcę robót.

Zdaniem Zamawiającego nieadekwatne są zastrzeżenia co do niemożliwości zdemontowania takiej objętości złomu stalowego jedynie przez dwóch pracowników w miesiąc, gdyż roboty rozbiórkowe prowadzone będą w sposób mechaniczny, za pomocą koparek gąsienicowych wyposażonych w nożyce hydrauliczne do cięcia betonu i stali, a następnie prace będą wykonywane przez spawaczy (przepalaczy).

Według Zamawiającego wystarczające jest, że podane w wyjaśnieniach wynagrodzenie kierownika budowy, kierownika robót oraz brygadzysty nie są niższe niż kwota minimalnego wynagrodzenia za pracę wynikająca z obowiązujących przepisów, a ustalenie wysokości tego wynagrodzenia pozostaje w gestii stron umowy.

Odnosząc się do zarzutu braku wykazania kosztów użycia wymaganego w ramach warunków udziału żurawia samochodowego o wysięgu min. 80 m, Zamawiający ponownie powołał się na to, że dopiero opracowane po zawarciu umowy projekty budowlane będą wytycznymi do określenia technologii robót, w tym sposobu likwidacji wieży, z uwzględnieniem niezbędnego sprzętu, w tym zwyżki i ewentualnie jej parametrów.

Co istotne według Zamawiającego część robót można będzie prowadzić bez użycia zwyżki bezpośrednio z poziomu wieży szybowej, której stan techniczny umożliwia bezpieczne poruszanie się po niej.

Zamawiający podsumował, że stawiany bez posiadania wiedzy co do planowej przez RLG technologii robót zarzut niedoszacowania kosztów jest niezasadny.

Zamawiający zakwestionował adekwatność wyliczonych w odwołaniu kosztów organizacji zaplecza dla okresu 2,5 miesiąca w sytuacji, gdy RLG określił termin realizacji zadania na 1 miesiąc, co powoduje, że kwota tych kosztów będzie nieznaczna w stosunku do ceny oferty i do pokrycia w ramach wykazanej kwoty na nieprzewidziane wydatki.

{ad pkt 3. listy zarzutów}

Z odpowiedzi na odwołanie wynikają następujące okoliczności faktyczne dotyczące przebiegu badania spełniania przez RLG określonych w SIWZ warunków udziału w postępowaniu dotyczących zdolności technicznych i zawodowych:

- w zakresie potwierdzenia spełnienia tych warunków wykonawca może polegać na zdolnościach technicznych lub zawodowych lub sytuacji finansowej lub ekonomicznej innych podmiotów (pkt 5.4.1. SIWZ)
- w odniesieniu do warunków wykształcenia, kwalifikacji zawodowych lub doświadczenia wykonawcy mogą polegać na zdolnościach innych podmiotów, jeśli podmioty te zrealizują roboty budowlane, do których realizacji te zdolności są wymagane (pkt 5.4.4. SIWZ);
- *jeżeli zdolności techniczne lub zawodowe lub sytuacja ekonomiczna lub finansowa, podmiotu, o którym mowa w pkt 1, nie potwierdzają spełnienia przez wykonawcę warunków udziału w postępowaniu lub zachodzą wobec tych podmiotów podstawy wykluczenia, zamawiający żąda, aby wykonawca w terminie określonym przez zamawiającego zastąpił ten podmiot innym podmiotem lub podmiotami, bądź zobowiązał się do osobistego wykonania odpowiedniej części zamówienia* (pkt 5.4.6. SIWZ);
- mając powyższe na uwadze Zamawiający pismem z 6 sierpnia 2020 r., na podstawie art. 26 ust. 3 pzp wezwał RLG do uzupełnienia aktualnych oświadczeń i dokumentów potwierdzających spełnianie warunków udziału w postępowaniu i wymagań określonych przez Zamawiającego w SIWZ;
- w odpowiedzi RLG pismem z 10 sierpnia 2020 r. przedstawiło: 1) wykaz osób, w którym uwzględniło osoby posiadające odpowiednie kwalifikacje do realizacji przedmiotowego zadania, 2) wykaz robót budowlanych wraz z referencjami wystawionymi 6 listopada 2019 r. roku przez SRK S.A. w Bytomiu Oddział w Suszcu KWK „Krupiński”, 3) zobowiązanie pięciu podmiotów udostępniających swoje zdolności, które zdecydowały się na współpracę z nim przy realizacji przedmiotowego zadania, 4) oświadczenie o zamiarze powierzenia części zamówienia podwykonawcom, 5) wyszczególnienie maszyn i urządzeń przewidzianych do realizacji zadania.
- następnie pismem z 18 sierpnia 2020 r. Zamawiający wezwał RLG do złożenia wyjaśnień i uzupełnienia aktualnych dokumentów potwierdzających spełnianie warunków udziału w postępowaniu i wymagań określonych przez Zamawiającego w SIWZ;
- w odpowiedzi RLG przedłożyło dokumenty związane z niezbędnymi kwalifikacjami, jakie powinny posiadać osoby nadzorujące: 1) dla obu osób na stanowisko kierownika budowy – uprawnienia budowlane do kierowania robotami budowlanymi w specjalności konstrukcyjno-budowlanej bez ograniczeń oraz aktualne zaświadczenie o przynależności do OIIB oraz stwierdzenie kwalifikacji w charakterze osoby średniego dozoru ruchu w specjalności budowlanej w podziemnych zakładach górniczych wydobywających węgiel kamienny, 2) dla obu osób na stanowisko projektantów odpowiedzialnych za sporządzenie i sprawdzenie dokumentacji projektowej dotyczącej likwidacji wieży szybowej szybu – uprawnienia budowlane do projektowania w specjalności konstrukcyjno-budowlanej bez ograniczeń;
- RLG przedstawiło również wówczas dokumenty potwierdzające, że wskazany w wykazie sprzętu dźwig o tonażu 350 T – Demag AC 350SSL ma maksymalną wysokość podnoszenia 122 m, a zatem spełnia warunek udziału;
- RLG przedłożyło wtedy również oświadczenia podmiotów udostępniających swoje zasoby o braku podstaw wykluczenia w trybie art. 25 ust. 1 w zw. z art. 22 ust. 1 pzp.

Zamawiający podsumował, że RLG po złożeniu stosownych wyjaśnień i uzupełnieniu wskazanych powyżej dokumentów wykazał spełnianie określonych przez Zamawiającego warunków udziału w postępowaniu.

Ponieważ odwołanie nie zawierało braków formalnych, a wpis od niego został uiszczony – podlegało rozpoznaniu przez Izbę.

W toku czynności formalnoprawnych i sprawdzających Izba nie stwierdziła, aby odwołanie podlegało odrzuceniu na podstawie przesłanek określonych w art. 189 ust. 2 pzp. Nie zgłaszano w tym zakresie odmiennych wniosków.

Po przeprowadzeniu rozprawy z udziałem Stron, uwzględniając zgromadzony materiał dowodowy, jak również biorąc pod uwagę oświadczenia i stanowiska wyrażone ustnie na rozprawie i odnotowane w protokole, Izba ustaliła i zważyła, co następuje:

Z art. 179 ust. 1 pzp wynika, że odwołującemu przysługuje legitymacja do wniesienia odwołania, gdy ma (lub miał) interes w uzyskaniu zamówienia oraz może ponieść szkodę w wyniku naruszenia przez zamawiającego przepisów ustawy.

W ocenie Izby Odwołujący wykazał, że ma interes w uzyskaniu przedmiotowego zamówienia, gdyż złożył ofertę

w postępowaniu prowadzonym przez Zamawiającego. Jednocześnie Odwołujący może ponieść szkodę w związku z zarzucanymi Zamawiającemu naruszeniami przepisów ustawy pzp, gdyż zaniechanie wykluczenia RLG lub odrzucenia jego oferty, uniemożliwia Odwołującemu uzyskanie przedmiotowego zamówienia, na co mógłby w przeciwnym razie liczyć.

{rozpatrzenie zarzutu z pkt 3. listy zarzutów}
Izba ustaliła następujące okoliczności jako istotne:

W złożonym jako załącznik do oferty „Oświadczeniu wykonawcy w trybie art. 25 ust. 1 pzp w zw. z art. 22 ust. 1 ustawy Prawo zamówień publicznych” (którego wzór stanowił załącznik nr 1 do wzoru formularza oferty załączonego do s.i.w.z.) z 25 maja 2020 r. RLG oświadczyło, że w celu wykazania spełniania warunków udziału w zakresie zdolności technicznych i kwalifikacji zawodowych polega na zasobach Hutpolu sp. z o.o. z siedzibą w Zabrze. Do oferty załączone zostało również „Oświadczenie podmiotu udostępniającego swoje zasoby o braku podstaw wykluczenia w trybie art. 25 ust. 1 pzp w zw. z art. 22 ust. 1 ustawy Prawo zamówień publicznych” (którego wzór stanowił załącznik nr 1a do wzoru formularza oferty załączonego do s.i.w.z.) z 25 maja 2020 r. Hutpolu, czyli oświadczenie o braku podstaw do wykluczenia z postępowania, o których mowa w art. 24 ust. 1 pkt 13-22 i ust. 5 pkt 1 ustawy pzp.

Po przeprowadzeniu aukcji elektronicznej i uzyskaniu od RLG wyjaśnień dotyczących ceny oferty Zamawiający pismem z 6 sierpnia 2020 r. (L. dz. SRK/NZ/2600/20/HBK) wezwał RLG w trybie art. 26 ust. 3 pzp do uzupełnienia oświadczeń i dokumentów m.in. na potwierdzenie spełniania określonych w s.i.w.z. warunków udziału dotyczących zdolności technicznych i zawodowych w zakresie potencjału technicznego i osobowego.

Pismem z 10 sierpnia 2020 r. RLG wykonało powyższe wezwanie składając w tym zakresie datowane na 7 sierpnia 2020 r. następujące oświadczenia i dokumenty:

- „Wykaz urządzeń technicznych”, w którym wskazało koparki, żurawie samochodowe, samochody ciężarowe oraz podnośnik koszowy, które wykorzysta przy realizacji przedmiotu zamówienia;
- „Wykaz osób”, w którym wskazało z udziałem jakich osób zrealizuje przedmiot zamówienia;
- „Zobowiązanie podmiotu trzeciego do oddania do dyspozycji wykonawcy niezbędnych zasobów na potrzeby wykonywania zamówienia” Hutpolu, który zobowiązał się do *finansowania wynajmu podnośnika koszowego i dźwigów, czyli pokrycia kosztów wynajmu dwóch dźwigów i podnośnika koszowego do rozbiórki czterech obiektów zadanie ZP-BD-0006/20 część III*, przy czym będzie to *finansowanie wynajmu podnośnika koszowego według terminów faktur*;
- „Zobowiązanie podmiotu trzeciego do oddania do dyspozycji wykonawcy niezbędnych zasobów na potrzeby wykonywania zamówienia” Dźwigów S. sp. z o.o. sp. k. z siedzibą w Tychach, które zobowiązały się do *najmu 2 dźwigów na podwoziu samochodowym Żuraw 100T i 350T z operatorami* czyli do *pracy dwóch żurawi 100T i 350T przy rozbiórce obiektów zadania ZB-BD-006/20 cz. III* polegającej na *wspierciu przy demontażu czterech obiektów dotyczy części III, maksymalnie okres kilku dni, zgodnie z założeniami projektowymi i przepisami BHP pod nadzorem Kierownika Budowy Wykonawcy*;
- „Zobowiązanie podmiotu trzeciego do oddania do dyspozycji wykonawcy niezbędnych zasobów na potrzeby wykonywania zamówienia” Megahossy sp. z o.o. sp. k. z siedzibą w Radzionkowie, która zobowiązała się do *wynajmu windy (podnośnik koszowy) na potrzeby rozbiórki czterech, czyli wynajmu windy (podnośnik koszowy) z operatorem, wysokość podnoszenia 57 m, rozbiórka czterech obiektów zadanie ZB-BD-006/20* polegające na *wspierciu rozbiórki czterech obiektów w/w zadania, zgodnie z założeniami projektowymi i przepisami BHP pod nadzorem Kierownika Budowy Wykonawcy*;
- „Zobowiązanie podmiotu trzeciego do oddania do dyspozycji wykonawcy niezbędnych zasobów na potrzeby wykonywania zamówienia” PUI ARGO A. S. z Belki, który zobowiązał się do udostępnienia dwóch osób dla wykonania i sprawdzenia projektu wykonawczego likwidacji wieży szybowej szybu ZP-BD-0006/20 w dwa tygodnie, *zgodnie z założeniami projektowymi i przepisami BHP pod nadzorem Kierownika Budowy Wykonawcy*;
- „Zobowiązanie podmiotu trzeciego do oddania do dyspozycji wykonawcy niezbędnych zasobów na potrzeby wykonywania zamówienia” GEOGIS Geodezji i Kartografii inż. J. P. z Rudy Śląskiej, który zobowiązał się do udostępnienia jednej osoby dla wykonania operatów geodezyjnych inwentaryzacji powykonawczej 4 obiektów w okresie maksymalnie kilku dni, *zgodnie z założeniami projektowymi i przepisami BHP pod nadzorem Kierownika Budowy Wykonawcy*.

Przy czym każdy z tych przedsiębiorców – *jako podmiot, na zdolności którego Wykonawca powołuje się w odniesieniu do warunków udziału w postępowaniu dotyczących wykształcenia, kwalifikacji zawodowych lub doświadczenia* – oświadczył, że zrealizuje roboty budowlane lub usługi, których wskazane zdolności dotyczą.

Zamawiający pismem z 18 sierpnia 2020 r. (L. dz. SRK/NZ/2725/20/HBK/JS) wezwał RLG:

- w trybie art. 26 ust. 4 pzp do wyjaśnienia złożonego: a) wykazu osób, w którym, po pierwsze – nie podano informacji, czy osoby przewidziane do pełnienia funkcji kierownika budowy i kierownika robót posiadają uprawnienia bez ograniczeń i aktualne zaświadczenia o przynależności do OIIB, po drugie – nie podano imion i nazwisk oraz pozostałych informacji na potwierdzenie spełniania określonego przez Zamawiającego warunku udziału w postępowaniu w odniesieniu do projektanta i osoby sprawdzającej projekt; b) wykazu sprzętu, z którego nie wynika spełnianie przez wskazany w nim żuraw samochodowy o tonażu 350 T wymogu wysięgu ramienia min. 80 m;
- w trybie art. 26 ust. 3 pzp do uzupełnienia dokumentów w zakresie oświadczeń podmiotów udostępniających zasoby o braku podstaw do wykluczenia z postępowania, o których mowa w art. 24 ust. 1 pkt 13-22 i ust. 5 pkt 1 ustawy pzp.

Reasumując, Izba stwierdziła, co następuje.

Po pierwsze – pomimo że na wezwanie w trybie art. 26 ust. 3 pzp RLG złożyło oświadczenia i dokumenty, które nie wykazywały w pełni spełnienia określonych przez Zamawiającego warunków udziału dotyczących potencjału technicznego i osobowego, Zamawiający wystosował ponowne wezwanie do uzupełnienia dokumentów na potwierdzenie spełniania tych warunków, de facto w całości oparte na art. 26 ust. 3 pzp, gdyż jego podstawą faktyczną było stwierdzenie braku konkretnych informacji w złożonych dokumentach, a nie potrzeba wyjaśnienia ich niejasnej treści.

Po drugie – pomimo że RLG na etapie składania oferty oświadczyło, że dla wykazania warunków dotyczących tych zdolności technicznych i zawodowych polega na zasobach Hutpolu, na późniejszym etapie postępowania faktycznie dla wykazania spełnienia tych warunków powołało się na zasoby czterech innych podmiotów.

W tych okolicznościach Izba stwierdziła, że zarzuty odwołania są zasadne.

Potwierdził się wynikający z uzasadnienia odwołania zarzut, że Zamawiający niezgodnie z przepisami ustawy pzp umożliwił RLG dwukrotne uzupełnienie dokumentów na potwierdzenie spełniania warunków udziału w postępowaniu dotyczących dysponowania potencjałem osobowym i technicznym, w tym umożliwił po upływie terminu składania ofert zastąpienie jednego podmiotu trzeciego innym.

Zgodnie z art. 26 ust. 3 pzp jeżeli wykonawca nie złożył oświadczenia, o którym mowa w art. 25a ust. 1 pzp,

oświadczeń lub dokumentów potwierdzających okoliczności, o których mowa w art. 25 ust. 1 pzp, lub innych dokumentów niezbędnych do przeprowadzenia postępowania, oświadczenia lub dokumenty są niekompletne, zawierają błędy lub budzą wskazane przez zamawiającego wątpliwości, zamawiający wzywa do ich złożenia, uzupełnienia lub poprawienia lub do udzielania wyjaśnień w terminie przez siebie wskazanym, chyba że mimo ich złożenia, uzupełnienia lub poprawienia lub udzielenia wyjaśnień oferta wykonawcy podlega odrzuceniu albo konieczne byłoby unieważnienie postępowania.

Z kolei art. 26 ust. 4 pzp stanowi, że zamawiający wzywa także, w wyznaczonym przez siebie terminie, do złożenia wyjaśnień dotyczących oświadczeń lub dokumentów, o których mowa w art. 25 ust. 1 pzp.

Izba zważyła, że za utrwalone w doktrynie i orzecznictwie należy uznać stanowisko, że z uwagi na naczelne zasady prowadzenia postępowania o udzielenie zamówienia wyrażone w art. 7 ust. 1 pzp, w szczególności zapewnienie równego traktowania wykonawców i zachowanie uczciwej konkurencji pomiędzy nimi, procedura z art. 26 ust. 3 pzp, który przewiduje wyjątek od zasady złożenia wymaganych i prawidłowych oświadczeń i dokumentów za pierwszym razem, może być zastosowana tylko jednokrotnie odnośnie tych samych braków polegających na niezłożeniu w ogóle dokumentu lub braku w nim niezbędnych informacji.

W doktrynie i orzecznictwie nie budzi również wątpliwości, art. 26 ust. 4 pzp przewiduje odrębną procedurę wyjaśniania oświadczeń lub dokumentów, której zakres zastosowania ogranicza się do wyjaśniania niejasnej czy niejednoznacznej treści złożonych dokumentów, w odróżnieniu od art. 26 ust. 3 pzp, który umożliwia w szczególności uzupełnienie treści dokumentów.

W ustalonych powyżej okolicznościach Zamawiający naruszył art. 26 ust. 3 i 4 pzp, gdyż faktycznie dwukrotnie wezwał RLG do uzupełnienia dokumentów na potwierdzenie spełniania warunków udziału w postępowaniu dotyczących potencjału kadrowego i technicznego. W drugim wezwaniu Zamawiający błędnie wskazał, że jego podstawą jest art. 26 ust. 4 pzp, skoro dotyczyło ono braku w złożonych na poprzednie wezwanie wszystkich koniecznych dla wykazania spełniania warunków udziału informacji, a nie niejasności treści informacji już w tych dokumentach zawartych.

Zaznaczyć przy tym należy, że w doktrynie i orzecznictwie zdecydowanie przeważa stanowisko, że art. 22a ust. 6 pzp, którego hipoteza dotyczy szczególnych okoliczności określonych w jego hipotezie, nie stwarza podstawy prawnej do kolejnego w stosunku do art. 26 ust. 3 pzp uzupełniania dokumentów, a reguluje jedynie jego szczególny przypadek.

Jest to istotne w tej sprawie, gdyż Zamawiający umożliwił *de facto* zastąpienie jednego podmiotu trzeciego, na którego zdolnościach technicznych i zawodowych się opierał, innymi podmiotami trzecimi, co również samo w sobie jest niedopuszczalne, wbrew literalnemu brzemieniu art. 22a ust. 6 pkt 1 pzp, co wymaga następującego wprowadzenia.

Krajowa Izba Odwoławcza jest sądem w rozumieniu art. 267 Traktatu o funkcjonowaniu Unii Europejskiej (Dziennik Urzędowy Unii Europejskiej z 2012 r. C 326, s.1) {dalej również: „TFUE”}. Powyższy status Izby potwierdził Trybunał Sprawiedliwości Unii Europejskiej {dalej również: „TSUE” lub „Trybunał”} w wyroku z dnia 13 grudnia 2012 r. w sprawie C-465/11 (Forposta i ABC Direct Contact), stwierdzając, że Izba jest sądem w rozumieniu art. 267 TFUE, gdy wykonuje swoje kompetencje objęte zakresem wymienionych przepisów, co ma miejsce w ramach postępowania głównego. Izba jako sąd prawa krajowego obowiązana jest dokonywać wykładni przepisów prawa krajowego z uwzględnieniem reguł wykładni prounijnej, co w świetle orzecznictwa TSUE wynika z art. 10 TWE (zasada solidarności, obecnie wyrażona w art. 4 Traktatu o funkcjonowaniu Unii Europejskiej), oraz z art. 249 akapit 3 TWE (obecnie 288 TFUE), który nakłada na państwa członkowskie obowiązek osiągnięcia w prawie krajowym zakładanego przez nie rzeczywistego rezultatu [por. m.in. wyroki Trybunału wydane: 10 kwietnia 1984 r. w sprawie 14/83 S. v. C. i E. K. przeciwko Land Nordrhein-Westfalen, Zb.Orz. 1984, str. 1891, pkt 26) – w skrócie: „sprawa von Colson”; 10 kwietnia 1984 r. w sprawie D. H. przeciwko Deutsche Tradax GmbH, Zb.Orz. 1984, str. 1921, pkt 26 – w skrócie: „sprawa Harz”]; 13 listopada 1990 r. w sprawie C-106/89 Marleasing SA przeciwko La Comercial Internacional de Alimentacion SA, Zb.Orz. 1990, str. I-4135, pkt 8 – w skrócie: „sprawa Marleasing”; 5 października 1994 r. w sprawie C-165/91 S. J. M. v. M. przeciwko Rijksdienst voor Pensioenen, Zb. Orz. 1994, str. I-04661, pkt 32].

Jak wskazano w orzeczeniu TSUE w sprawie von Colson, sąd krajowy stosując prawo krajowe jest obowiązany do wykładni tego prawa w świetle brzmienia i celu dyrektywy. Z kolei z wyroku TSUE w sprawie Marleasing wynika, że wykładnia prounijna prawa krajowego powinna sięgać tak daleko, jak to jest możliwe (ang. so far as possible). Ponadto, jak wynika z orzecznictwa TSUE, rezultatem wykładni prawa krajowego zgodnej z dyrektywami (w przeciwieństwie do reguł wykładni opartej na zasadzie bezpośredniego działania prawa unijnego) może być nałożenie na jednostkę obowiązków, które nie wynikały uprzednio z prawa krajowego (poza prawem karnym).

Jak wskazuje się w piśmiennictwie, obowiązek sądu krajowego dokonywania wykładni zgodnej z dyrektywą jest bowiem przedłożeniem na poziomie orzecznictwa obowiązku państwa członkowskiego należytej implementacji dyrektywy, jeżeli bez niej nie może zostać osiągnięty cel harmonizacji, a mianowicie nie tylko formalne, ale także rzeczywiste ujednolicenie porządku prawnego we Wspólnocie. Oznacza to, że sądy krajowe są włączone w proces implementacji dyrektyw, który obejmuje zasadniczo dwa etapy, a mianowicie etap legislacyjnej transpozycji dyrektywy do krajowego porządku prawnego (etap stanowienia prawa krajowego) i etap sądowej korekty niewłaściwej lub spóźnionej transpozycji lub albo jej braku w formie wspólnotowych lub krajowych instrumentów, w tym zwłaszcza obowiązek wykładni zgodnej (etap stosowania prawa krajowego) [por. A. Wróbel, „Sądowa wykładnia prawa państwa członkowskiego UE zgodnie z dyrektywami WE/UE” w: wpia.uw.edu.pl/files/podyplomowe/gospodarka_rynkowa/wrobel_andrzej.pdf].

Na uwagę zasługuje okoliczność, że art. 22a ust. 6 ustawy pzp jest wynikiem implementacji do prawa krajowego art. 63 akapit drugi dyrektywy 2014/24/UE. Ten przepis prawa unijnego stanowi, że Instytucja zamawiająca sprawdza, zgodnie z art. 59, 60 i 61, czy podmioty, na których zdolności wykonawca zamierza polegać, spełniają odpowiednie kryteria kwalifikacji, i czy istnieją podstawy wykluczenia na mocy art. 57. Instytucja zamawiająca wymaga, by wykonawca zastąpił podmiot, który nie spełnia stosownego kryterium kwalifikacji lub wobec którego istnieją obowiązkowe podstawy wykluczenia. Instytucja zamawiająca może wymagać lub może być zobowiązana przez państwo członkowskie do wymagania, by wykonawca zastąpił podmiot, wobec którego istnieją nieobowiązkowe podstawy wykluczenia.

Z przepisu tego wynikają zatem dwie konkluzje. Po pierwsze, zastąpienie podmiotu trzeciego następuje na skutek żądania zamawiającego, które jest następstwem stwierdzenia, że podmiot trzeci podlega wykluczeniu względnie nie spełnia kryteriów kwalifikacji. Po drugie zaś, z przepisu tego wynika, że w opisanej sytuacji to wykonawca zastępuje podmiot trzeci, a nie podmiot trzeci zastępowany jest przez jakiś inny podmiot trzeci. Tymczasem przepis prawa krajowego, tj. art. 22a ust. 6 ustawy pzp stanowi, że jeżeli zdolności techniczne lub zawodowe lub sytuacja ekonomiczna lub finansowa, podmiotu, o którym mowa w ust. 1, nie potwierdzają spełnienia przez wykonawcę warunków udziału w postępowaniu lub zachodzą wobec tych podmiotów podstawy wykluczenia, zamawiający żąda, aby wykonawca w terminie określonym przez zamawiającego: 1) zastąpił ten podmiot innym podmiotem lub podmiotami lub 2)

zobowiązał się do osobistego wykonania odpowiedniej części zamówienia, jeżeli wykaże zdolności techniczne lub zawodowe lub sytuację finansową lub ekonomiczną, o których mowa w ust. 1. Reasumując, porównanie obu przepisów prowadzi zatem do wniosku, że dyspozycją przepisu prawa unijnego objęta jest tylko druga z sytuacji unormowanych w przepisie prawa krajowego.

Na niezgodność art. 22a ust. 6 ustawy pzp z art. 63 akapit drugi dyrektywy 2014/24/UE zwrócono również uwagę w piśmiennictwie. W artykule o wyjaśnianiu i uzupełnianiu dokumentów w świetle orzecznictwa TSUE jego autorka również zwróciła uwagę na wersję angielską stosownego fragmentu art. 63 dyrektywy 2014/24/UE: (...) *economic operator replaces an entity which does not meet a relevant selection criterion, or in respect of which there are compulsory grounds for exclusion*. Zauważyła także, że w przypadku fakultatywnych podstaw wykluczenia prawodawca unijny posługuje się sformułowaniem *economic operator substitutes an entity in respect of which there are non-compulsory grounds for exclusion*. Wreszcie podkreśliła, że w języku angielskim słowo „replace” oznacza potocznie „wejść w czyjeś buty”, „wstąpić w czyjeś miejsce”, natomiast „substitute” oznacza „zamienić coś na coś” (substytuować) [zob. „Zamówienia Publiczne Doradca” rok 2017 nr 10, Ewa Wiktorska, „O wyjaśnianiu i uzupełnianiu dokumentów w świetle orzecznictwa TSUE raz jeszcze”].

W przywołanej publikacji przytoczono ponadto zbieżne poglądy prezentowane przez kolejnych komentatorów. Po pierwsze, że na wadliwość takiej normy zwróciła uwagę już w 2016 r. Aleksandra Sołtyńska i Hanna Talago-Sławoj w publikacji: „Europejskie prawo zamówień publicznych. Komentarz”: *Wykonawca podejmujący decyzję o poleganiu na zasobach podmiotów trzecich, z uwagi na brzmienie komentowanej normy, w sytuacji gdy pierwotnie wskazany podmiot trzeci okazuje się być podmiotem podlegającym wykluczeniu lub niespełniającym minimalnych kryteriów kwalifikacji, otrzymuje drugą szansę na pozytywną kwalifikację. Takiej szansy natomiast nie ma wykonawca samodzielnie wykazujący spełnienie wymaganych kryteriów kwalifikacji. (...) Norma ta pozostaje w jawnej sprzeczności z art. 56 ust. 6 dyrektywy 2014/24/UE, który dopuszcza jedynie uzupełnienie dokumentów składanych na potwierdzenie braku podstaw do wykluczenia wykonawcy lub spełnienia minimalnych kryteriów kwalifikacyjnych, a nie zmianę oświadczeń woli zawartych we wnioskach o dopuszczenie do udziału w kwalifikacji czy ofertach. A to właśnie do tej drugiej kategorii należałoby kwalifikować taką zmianę podmiotu trzeciego. Kwestionowane postanowienie może prowadzić do naruszenia zasady równego traktowania wykonawców.*

Po drugie – przytoczono także pogląd zaprezentowany przez Janusza Doleckiego. *Wątpliwa pozostaje kwestia prawidłowości implementacji przepisu art. 63 ust. 1 akapit drugi – „Instytucja zamawiająca wymaga, by wykonawca zastąpił podmiot, który nie spełnia stosownego kryterium kwalifikacji lub wobec którego istnieją obowiązkowe podstawy wykluczenia” dokonana przepisem art. 22a ust. 6 ustawy Prawo zamówień publicznych. Czy rzeczywiście, w świetle treści art. 63 ust. 1 akapit drugi oraz wyroków TSUE, w tym także wyroku z dnia 24 maja 2016 r. w sprawie C-396/14 MT Hojgaard A/S, możliwe jest dokonanie zamiany wskazywanego pierwotnie podmiotu trzeciego na inny podmiot trzeci, czy też sens i cel regulacji unijnej sprowadza się tylko do ewentualnej możliwości zastąpienia tego podmiotu przez wykonawcę? [„Zakres możliwych wyjaśnień lub uzupełnień dokumentów złożonych w celu wykazania braku podstaw do wykluczenia lub potwierdzenia spełnienia warunków udziału w postępowaniu. Część druga”, Janusz Dolecki, „Zamówienia Publiczne Doradca”, rok 2017, nr 9].*

Zdaniem Izby wprowadzenie przez wykonawcę po otwarciu ofert nowego podmiotu trzeciego, nieznanego w momencie ofertowania, stanowi o naruszeniu naczelnej zasady, jaką powinien się kierować zamawiający tj. zasady równego traktowania wykonawców i uczciwej konkurencji, wynikających zarówno z prawa krajowego jak i przepisów prawa unijnego. Przyjęcie przeciwnego stanowiska prowadziłoby do wniosku, że w postępowaniu faworyzowani są wykonawcy polegający na zasobie podmiotu trzeciego względem wykonawców, którzy zadeklarowali samodzielne spełnianie warunków udziału w postępowaniu. Pierwsza grupa wykonawców, bez uzasadnionych powodów, dysponowałaby bowiem znacznie szerszymi możliwościami poprawienia i uzupełnienia swej oferty, niedostępnymi wykonawcom z drugiej grupy.

Podkreślenia wymaga także, że art. 63 dyrektywy 2014/24/WE stanowi wyjątek od zasady, jaką jest niezmiennosc ofert, w tym pod względem podmiotowym, wywodzona konsekwentnie przez Trybunał w kolejnych wyrokach z zasady równego traktowania i uczciwej konkurencji oraz przejrzystości, i która została wyraźnie wyartykułowana nie tylko w art. 7ust. 1 pzp, ale także w art. 87 ust. 1 zd. 2 pzp. Co więcej, w art. 56 ust. 3 nowej dyrektywy wskazano wyraźnie, że jeżeli informacje lub dokumentacja złożone przez wykonawców są lub wydają się niekompletne lub błędne, lub gdy brakuje konkretnych dokumentów, instytucje zamawiające mogą – chyba że przepisy krajowe wdrażające niniejszą dyrektywę stanowią inaczej – zażądać, aby wykonawcy złożyli, uzupełnili, doprecyzowali lub skompletowali te informacje lub dokumentację w odpowiednim terminie, pod warunkiem pełnego poszanowania zasad równego traktowania i przejrzystości. Jak wynika z przywołanego przepisu, wszelkie próby poprawienia lub uzupełnienia ofert prawodawca unijny w dalszym ciągu reglamentuje i uzależnia od pełnego poszanowania zasad równego traktowania i przejrzystości.

Zdaniem Izby aktualność w tym zakresie zachowują wskazówki wynikające także z wydanego 4 maja 2017 r. wyroku w sprawie o sygn. akt C -387/14 (Esaprojekt przeciwko Województwu Łódzkiemu), w którym Trybunał wyraził pogląd, że art. 51 dyrektywy 2004/18/WE Parlamentu Europejskiego i Rady z dnia 31 marca 2004 r. w sprawie koordynacji procedur udzielania zamówień publicznych na roboty budowlane, dostawy i usługi w zw. z art. 2 tej dyrektywy należy interpretować w ten sposób, że stoi on na przeszkodzie temu, by po upływie terminu zgłoszeń do udziału w postępowaniu o udzielenie zamówienia publicznego wykonawca przekazał instytucji zamawiającej, w celu wykazania, że spełnia on warunki uczestnictwa w postępowaniu w sprawie udzielenia zamówienia publicznego, dokumenty, których nie zawierała jego pierwotna oferta, takie jak umowa zamówienia zrealizowanego przez podmiot trzeci oraz jego zobowiązanie do oddania do dyspozycji tego wykonawcy zdolności i środków niezbędnych do realizacji rozpatrywanego zamówienia. (wyrok dostępny na stronie internetowej UZP). Wyrok ten zapadł co prawda na tle przepisów poprzedniej dyrektywy 2004/18/WE Parlamentu Europejskiego i Rady z 31 marca 2004 r. w sprawie koordynacji procedur udzielania zamówień publicznych na roboty budowlane, dostawy i usługi (Dz. U. 2004 L 134, s. 114), jednakże pozostaje wskazówką wyznaczającą dopuszczalność poprawiania i uzupełniania ofert także obecnie, pod rządami dyrektywy Parlamentu Europejskiego i Rady 2014/24/WE z 26 lutego 2014 r. w sprawie zamówień publicznych, uchylającej dyrektywę 2004/18/WE. Podkreślić należy, że omawiany wyrok został wydany na tle zasady równego traktowania wykonawców i uczciwej konkurencji, które w dalszym ciągu pozostały głównymi zasadami dyrektywy 2014/24/WE (por. art. 18 ust. 1 dyrektywy 2014/24/WE i art. 2 dyrektywy 2004/18/WE). Nie uległy także zmianie zasady uzupełniania i wyjaśniania dokumentów (art. 51 dyrektywy 2004/18/WE i art. 56 ust. 3 dyrektywy 2014/24/WE).

Tym samym w tej sprawie Izba w pełni podzieliła i uznała za adekwatne również w ustalonych powyżej okolicznościach tej sprawy stanowisko wyrażone uprzednio przez Izbę w uzasadnieniu wyroku z 23 października 2018 r. sygn. akt KIO 2080/20.

{rozpoznanie zarzutów z pkt 1. listy zarzutów}
Izba ustaliła następujące okoliczności jako istotne:

Przedstawione powyżej za odwołaniem i odpowiedzią na odwołanie okoliczności dotyczących treści wyjaśnień złożonych przez RLG wymagają jedynie następującego uzupełnienia i podsumowania.

Z pkt 4. s.i.w.z. wynika, że realizację części III zamówienia należy rozpocząć 1 października 2020 r. lub wcześniej (zastrzeżono, że jest to uzależnione od uprzedniego zrealizowania zadania dotyczącego likwidacji szybu I, którego termin wykonania upływa 30 września 2020 r.) i zakończyć do 15 grudnia 2020 r. Zarówno z tego postanowienia, jak i składających się na uszczegółowienie opisu przedmiotu zamówienia przedmiarów robót i dokumentacji projektowej dla wszystkich 4 zadań (obiektów) wchodzących w zakres III części zamówienia (załączonych do s.i.w.z.) nie wynika, że 2,5 miesięczny termin wykonania wynika z ustalonych przez Zamawiającego obiektywnych uwarunkowań technicznych. Zamawiający potwierdził w odpowiedzi na odwołanie i na rozprawie, że określił taki termin realizacji z zapasem na nieprzewidziane zdarzenia.

Odwołujący nie wykazał natomiast, że istnieją obiektywne uwarunkowania techniczne, które uniemożliwiają wykonanie robót rozbiórkowych objętych zakresem tej części zamówienia w 1 miesiąc, jak założył RLG w wyjaśnieniach, ani że jest to niemożliwe przy nakładach pracy i sprzętu, który został wskazany w tych wyjaśnieniach. Zamieszczone w odwołaniu kalkulacje kosztów pracy sprzętu i kosztów pracy osób należy uznać li tylko za twierdzenia Odwołującego co do tego, jak jego zdaniem koszty te powinny się kształtować dla należytego wykonania tego zamówienia. Ma to istotne znaczenie, gdyż największe zaniżenia kosztów podnoszone w odwołaniu są oparte na tym nieudowodnionym założeniu, że wykonanie robót objętych częścią III zamówienia musi zająć 2,5 miesiąca.

W szczególności załączone do odwołania oferty dotyczą nielicznych spośród tych pozycji kosztów sprzętowych (koszty najmu i tzw. mobilizacji żurawia 130 T, żurawia 350 T oraz podnośnika koszowego o wysokości roboczej 45 m) mogą być tylko dowodem na to, że Odwołujący uzyskał inne warunki cenowe u tych samych co RLG lub innych przedsiębiorców działających w tym zakresie. Ponieważ oferty te nie zawierają żadnych informacji odnośnie czasu dojazdu i pracy w kontekście opisu przedmiotu tego zamówienia, nie są dowodami potwierdzającymi twierdzenia Odwołującego.

Z kolei w stosunku do zakładanych w odwołaniu kosztów osobowych Odwołujący nie przedstawił żadnych dowodów, więc również w tym zakresie jego twierdzenia pozostały nieudowodnione i mogą być co najwyżej uznane za obrazujące jego koncepcję realizacji przedmiotu zamówienia. W szczególności nie stanowi okoliczności notoryjnej, że aktualnie (tj. w dobie pandemii Covid-19) na rynku pracy nie sposób znaleźć osób, które zgodzą się na zatrudnienie na stanowiskach kierownika budowy, kierownika robót czy brygadzysty za miesięcznym wynagrodzeniem 2,600 zł brutto, czyli odpowiadającemu minimalnemu wynagrodzeniu za pracę w 2020 r. według aktualnie obowiązujących w tym zakresie przepisów (wysokość miesięcznych wynagrodzeń pozostałych osób przewidzianych do realizacji tego zamówienia wynikająca z wyjaśnień RLG nie została zakwestionowana w odwołaniu).

Odwołujący nie przedstawił również żadnego dowodu, który podważałby adekwatność wyjaśnienia przez RLG, że dysponuje materiałem zasypowym uzyskanym z przerobu odpadów poroziobórkowych.

Wreszcie nie mają znaczenia dla oceny złożonych wyjaśnień podnoszone w odwołaniu koszty związane ze sprzętem, organizacją zaplecza budowy czy dojazdem i szkoleniami pracowników, które nie zostały ujęte w wyjaśnieniach, gdyż nawet abstrahując od tego, że zostały one w odwołaniu skalkulowane dla 2,5-miesięcznego okresu, ich wysokość jest kilka razy mniejsza niż wysokość założonej w wyjaśnieniach rezerwy na tzw. koszty nieprzewidziane.

Reasumując, wyjaśnienia złożone przez RLG obejmują wystraszczającą szczegółową kalkulację kosztów, których wysokość jest wiarygodna lub wręcz poparta załączonymi do tych wyjaśnień dowodami (w przypadku kosztów sprzętowych) w kontekście założonego przez tego wykonawcę terminu wykonania zamówienia.

W tych okolicznościach Izba stwierdziła, że zarzut odwołania jest niezasadny.

Izba stwierdziła, że Odwołujący niezasadnie domaga się odrzucenia oferty RLG na podstawie art. 89 ust. 1 pkt 4 w zw. z art. 90 ust. 3, gdyż nie wykazał, że Zamawiający bezpodstawnie ocenił złożone w trybie art. 90 ust. 1 i 3 przez RLG wyjaśnienia jako potwierdzające, że jego oferta nie zawiera rażąco niskiej ceny w stosunku do przedmiotu zamówienia.

Zgodnie z art. 90 ust. 1 pzp, jeżeli cena oferty wydaje się rażąco niska w stosunku do przedmiotu zamówienia i budzi wątpliwości zamawiającego co do możliwości wykonania przedmiotu zamówienia zgodnie z wymaganiami określonymi przez zamawiającego lub wynikającymi z odrębnych przepisów, w szczególności jest niższa o 30% od wartości zamówienia lub średniej arytmetycznej cen wszystkich złożonych ofert, zamawiający zwraca się o udzielenie wyjaśnień, w tym złożenie dowodów, dotyczących elementów oferty mających wpływ na wysokość ceny, 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 ustalonego na podstawie art. 2 ust. 3-5 ustawy z dnia 10 października 2002 r. o minimalnym wynagrodzeniu za pracę (Dz. U. Nr 200, poz. 1679, z 2004 r. Nr 240, poz. 2407 oraz z 2005 r. Nr 157, poz. 1314); 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.

Według normy zawartej w art. 90 ust. 2 pzp obowiązek wykazania, że oferta nie zawiera rażąco niskiej ceny lub kosztu spoczywa na wykonawcy.

Art. 90 ust. 3 pzp stanowi, że zamawiający odrzuca ofertę wykonawcy, który nie złożył wyjaśnień lub jeżeli dokonana ocena wyjaśnień wraz z dostarczonymi dowodami potwierdza, że oferta zawiera rażąco niską cenę lub koszt w stosunku do przedmiotu zamówienia. Z kolei zgodnie z art. 89 ust. 1 pkt 4 pzp zamawiający odrzuca ofertę, jeżeli zawiera rażąco niską cenę lub koszt w stosunku do przedmiotu zamówienia.

Ponadto na mocy art. 190 ust. 1a pkt 1 pzp ciężar dowodu, że oferta nie zawiera rażąco niskiej ceny, spoczywa na wykonawcy, który ją złożył, jeżeli jest stroną albo uczestnikiem postępowania odwoławczego.

W pierwszej kolejności należy rozważyć co oznacza „rażąco niska cena”. Jak trafnie wskazano w wyroku Sądu Okręgowego w Katowicach z 28 kwietnia 2008 r. (sygn. akt XIX Ga 128/08) przepisy ustawy pzp nie określają definicji pojęcia rażąco niskiej ceny. Punktem odniesienia do jej określenia jest przedmiot zamówienia i przyjęć można, że cena rażąco niska to taka, która jest nierealistyczna, niewiarygodna w porównaniu do cen rynkowych podobnych zamówień i ewentualnie innych ofert złożonych w toku postępowania o udzielenie zamówienia publicznego.

Przy braku takiej legalnej definicji „rażąco niskiej ceny” orzecznictwo sądów okręgowych oraz Krajowej Izby

Odwolawczej, a wcześniej orzecznictwo arbitrażowe, wypracowało pewne cząstkowe lub opisowe rozumienie tego pojęcia. I tak w wyroku Izby z 28 marca 2013 r. (sygn. akt KIO 592/13) zauważono, że o cenie rażąco niskiej można mówić wówczas, gdy oczywiste jest, że przy zachowaniu reguł rynkowych wykonanie umowy przez wykonawcę byłoby dla niego nieopłacalne. Ponadto w wyroku z 4 sierpnia 2011 r. (sygn. akt KIO 1562/11) wskazano, że cena rażąco niska w stosunku do przedmiotu zamówienia będzie ceną odbiegającą od jego wartości, a rzeczona różnica nie będzie uzasadniona obiektywnymi względami pozwalającymi danemu wykonawcy, bez strat i finansowania wykonania zamówienia z innych źródeł niż wynagrodzenie umowne, zamówienie to wykonać. W podsumowaniu stwierdzono, że cena rażąco niska jest ceną nierealistyczną, nieadekwatną do zakresu i kosztów prac składających się na dany przedmiot zamówienia, zakładającą wykonanie zamówienia poniżej jego rzeczywistych kosztów i w takim sensie nie jest ceną rynkową, tzn. generalnie niewystępującą na rynku, na którym ceny wyznaczone są m.in. poprzez ogólną sytuację gospodarczą panującą w danej branży i jej otoczeniu biznesowym, postęp technologiczno-organizacyjny oraz obecność i funkcjonowanie uczciwej konkurencji podmiotów racjonalnie na nim działających. Podobnie według powszechnie przywoływanej w doktrynie i orzecznictwie definicji zawartej w uzasadnieniu wyroku Sądu Okręgowego w Katowicach z 30 stycznia 2007 r. (sygn. akt XIX Ga 3/07) o cenie rażąco niskiej można mówić wówczas, gdy oczywiste jest, że przy zachowaniu reguł rynkowych wykonanie umowy przez wykonawcę byłoby dla niego nieopłacalne. Rażąco niska cena jest to cena niewiarygodna, oderwana całkowicie od realiów rynkowych. Przykładem może być oferowanie towarów poniżej kosztów zakupu lub wytworzenia albo oferowanie usług za symboliczną kwotę. Natomiast Sąd Okręgowy w Krakowie w uzasadnieniu wyroku z 23 kwietnia 2009 r. (sygn. akt XII Ga 88/09) wskazał następujące kryteria określające cenę rażąco niską: odbieganie całkowitej ceny oferty od cen obowiązujących na danym rynku w taki sposób, że nie ma możliwości realizacji zamówienia przy założeniu osiągnięcia zysku; zaoferowanie ceny, której realizacja nie pozwala na utrzymanie rentowności wykonawcy na tym zadaniu; niewiarygodność ceny z powodu oderwania jej od realiów rynkowych.

Ponadto w opinii prawnej Urzędu Zamówień Publicznych dotyczącej ceny rażąco niskiej (opublikowanej w serwisie internetowym UZP) zbieżnie z powyższym wskazano, m.in., że ustawa pzp wprowadzając możliwość odrzucenia oferty przez zamawiającego z powodu rażąco niskiej ceny, nie precyzuje jednak tego pojęcia. Nie definiują go również przepisy dyrektyw Unii Europejskiej będące u podstaw przedmiotowej regulacji. Znaczenia tego wyrażenia nie wyjaśnia również orzecznictwo Europejskiego Trybunału Sprawiedliwości. Mając na względzie cel przedmiotowej regulacji wydaje się, iż za ofertę z rażąco niską ceną można uznać ofertę z ceną niewiarygodną, nierealistyczną w porównaniu do cen rynkowych podobnych zamówień. Oznacza to cenę znacząco odbiegającą od cen przyjętych, wskazującą na fakt realizacji zamówienia poniżej kosztów wytworzenia usługi, dostawy, roboty budowlanej.

Pomimo generalnej adekwatności powyższych definicji, występowanie w nich, po pierwsze – nieostrych terminów definiujących (takich jak „nierealistyczność”, „niewiarygodność”, „nieadekwatność”, „znaczące odbieganie” etc.), po drugie – terminów niewyraźnych (takich jak „nieopłacalność”, „koszt wytworzenia”, „rentowność na zadaniu”), powoduje, że mają one ograniczoną przydatność przy rozstrzyganiu konkretnych przypadków wystąpienia rażąco niskiej ceny. W szczególności powyższe definicje nie wyjaśniają, jakiego rodzaju koszty przedsiębiorstwa ma pokrywać cena ofertowa ani nie wskazują do jakich wskaźników lub progów rentowności postulat opłacalności ceny się odnosi (np. w jakim stopniu zaoferowana cena ma wpływać na wynik finansowy całej jednostki lub jej inne wskaźniki ekonomiczne, chociażby wskaźniki płynności finansowej). Wydaje się, że co do zasady rażąco niską będzie cena niepokrywająca średniego jednostkowego kosztu zmiennego wykonania, czyli pogarszająca wynik finansowy przedsiębiorstwa. Zawsze jednak konieczne jest, aby cena oferty była rażąco niska w stosunku do przedmiotu zamówienia, a dokładniej – jak wynika z przywołanych powyżej wypowiedzi orzecznictwa i opinii UZP – jego wartości rynkowej. W konsekwencji wartość rynkowa przedmiotu zamówienia, obejmująca jego pełny zakres i wszystkie konieczne do jego wykonania nakłady kosztowe, ustalana przez porównanie cen występujących w danej branży dla określonego asortymentu, stanowić będzie punkt odniesienia dla ceny rażąco niskiej.

W tej sprawie poza wszelkim sporem jest okoliczność, że cena oferty RLG odbiegała zarówno od ustalonej przez Zamawiającego z należytą starannością i ubruttowionej wartości zamówienia, jak i od średniej cen wszystkich złożonych ofert o więcej niż 30%, a jednocześnie Zamawiający nie stwierdził, że wynika to z okoliczności oczywistych, które nie wymagają wyjaśnienia, co czyniło koniecznym wezwanie do wyjaśnienia w trybie powyżej przywołanych przepisów, a na RLG nakładało obowiązek wykazania, że jego oferta nie zawiera rażąco niskiej ceny.

W drugiej kolejności Izba uznała za celowe rozważenie ciężaru dowodu w przypadku zarzutu dotyczącego rażąco niskiej.

Według art. 190 ust. 1 pzp strony i uczestnicy postępowania odwoławczego są obowiązani wskazywać dowody dla stwierdzenia faktów, z których wywodzą skutki prawne, przy czym dowody na poparcie swoich twierdzeń lub odparcie twierdzeń strony przeciwnej można przedstawiać do zamknięcia rozprawy. Jednakże zgodnie z art. 190 ust. 1a pzp ciężar dowodu, że oferta nie zawiera rażąco niskiej ceny, spoczywa na wykonawcy, który ją złożył, jeżeli jest stroną albo uczestnikiem postępowania odwoławczego (pkt 1), a jeżeli nie jest – na zamawiającym (pkt 2). Należy wziąć jednak pod uwagę, że z powyżej przywołanego art. 90 ust. 2 pzp wynika, że obowiązek ten spoczywa na wykonawcy już na etapie składania wyjaśnień zamawiającemu. Oznacza to, że w toku postępowania odwoławczego Izba bada prawidłowość dokonanej przez zamawiającego oceny złożonych mu wyjaśnień i dowodów, a dodatkowe okoliczności i dowody zgłoszone na ich potwierdzenie przez przystępującego nie mogą być brane pod uwagę.

Ponadto skoro według z art. 180 ust. 1 pzp odwołanie przysługuje wyłącznie od czynności lub zaniechań zamawiającego, dokonując oceny czynności zamawiającego polegającej na wyborze oferty przystępującego po udzieleniu przez niego wyjaśnień elementów oferty mających wpływ na jej cenę, Izba zobligowana jest wyłącznie do zbadania, czy wyjaśnienia złożone zamawiającemu pozwalały na akceptację ceny oferty.

Wreszcie zauważyć należy, że zgodnie z art. 192 ust. 7 pzp Izba nie może orzekać co do zarzutów, które nie były zawarte w odwołaniu. Przy czym stawianego przez wykonawcę zarzutu nie należy rozpoznawać wyłącznie pod kątem wskazanego przepisu prawa, ale przede wszystkim jako wskazane okoliczności faktyczne, które podważają prawidłowość czynności zamawiającego i mają wpływ na sytuację wykonawcy wnoszącego odwołanie {zob. wyrok Sądu Okręgowego w Gdańsku z 25 maja 2012 r. sygn. akt XII Ga 92/12}. Oczywiście jest zatem, że odwołanie od zaniechania odrzucenia oferty jako zawierającej rażąco niską cenę, która była przedmiotem badania pod tym względem, może odnosić się wyłącznie do okoliczności, które wynikają z treści badanej oferty i wyjaśnień wraz z dowodami, które zostały złożone na wezwanie zamawiającego. Z powyższych względów Izba nie mogła wziąć pod uwagę rozszerzenia okoliczności dotyczących ceny oferty RLG, które Odwołujący wskazał dopiero na rozprawie.

Reasumując, z przywołanych powyżej przepisów wynika, że w toku postępowania odwoławczego nie można już uzupełnić uprzednio złożonych wyjaśnień, w tym zgłosić dowodów, gdyż kognicja Izby ogranicza się do zbadania w kontekście zarzutów odwołania, czy wyjaśnienia złożone zamawiającemu zostały przez niego prawidłowo ocenione.

Należy podkreślić, że nawet przed obarczeniem wykonawcy wezwanego w trybie art. 90 ust. 1 pzp obowiązkiem uregulowanym aktualnie wprost w art. 90 ust. 2 pzp, konsekwentnie wskazywano w orzecznictwie, że dla zakwalifikowania oferty do dalszego postępowania nie jest wystarczające złożenie jakichkolwiek wyjaśnień, lecz wyjaśnień odpowiednio umotywowanych, przekonujących, że zaproponowana oferta nie zawiera rażąco niskiej ceny {por. uzasadnienia wyroków Sądu Okręgowego w Warszawie wydane: 5 stycznia 2007 r. sygn. akt V Ca 2214/06, 13 lutego 2014 r. sygn. akt V Ca 3765/13 (dotyczył wyroku Izby z 22 października 2013 r. sygn. akt KIO 2354/13) oraz 17 lutego 2014 r. sygn. akt V Ca 3547/13 (dotyczył wyroku Izby z 7 października 2013 r. sygn. akt: KIO 2216/13, KIO 2221/13)}. Sąd Okręgowy w Warszawie w uzasadnieniu wyroku z 8 czerwca 2006 r. sygn. akt V Ca 459/06 wskazał ponadto, że postępowanie wyjaśniające ma utwierdzić zamawiającego, że dokonana przez niego wstępna ocena oferty jest prawidłowa lub nie. Jeśli lektura wyjaśnień pozostawia istotne wątpliwości co do tego, że wykonanie przedmiotu zamówienia za cenę wskazaną w ofercie jest możliwe, zamawiający jest zobowiązany do odrzucenia oferty.

Reasumując, Izba zważyła, że w powyżej ustalonych okolicznościach nie budzi zastrzeżeń prawidłowość dokonanej przez Zamawiającego oceny złożonych mu przez RLG wyjaśnień, gdyż nie ma podstaw do uznania, że wykonawca ten nie sprostął ciężarowi wykazania, że cena jego oferty wynika z przeprowadzonej aukcji jest rażąco zaniżona w stosunku do przedmiotu zamówienia.

{rozpatrzenie zarzutów z pkt 2. i 4. listy zarzutów}

Ponieważ zarzut naruszenia art. 91 ust. 1 pzp ma charakter wtórny i nie opiera się na żadnych odrębnych okolicznościach faktycznych, jest on o tyle zasadny, o ile potwierdził się jeden z zarzutów zasadniczych, który miał wpływ na wynik postępowania prowadzonego przez Zamawiającego.

Natomiast wobec nieprzedstawienia żadnych okoliczności wskazujących, na czym miałyby polegać nierówne traktowanie wykonawców i niezachowanie uczciwej konkurencji, zarzut naruszenia przez Zamawiającego art. 7 ust. 1 pzp należało uznać za niezasadny.

Mając powyższe na uwadze, Izba stwierdziła, że naruszenie przez Zamawiającego art. 24 ust. 1 pkt 12 w zw. z art. 26 ust. 3 i art. 22a ust. 6 ustawy pzp miało wpływ na wynik prowadzonego przez niego postępowania o udzielenie zamówienia – wobec czego – działając na podstawie przepisów art. 192 ust. 1, 2 i ust. 3 pkt 1 tej ustawy – orzekła, jak w pkt 1. sentencji.

Z kolei wobec bezzasadności zarzutów dotyczących ceny oferty RLG Izba – działając na podstawie art. 192 ust. 1 i 2 ustawy pzp – orzekła, jak w pkt 2. sentencji.

O kosztach postępowania odwoławczego w tej sprawie, na które złożył się uiszczony wpis oraz koszty zastępstwa przez Izbą Odwołującego (potwierdzone złożonym do zamknięcia rozprawy rachunkiem), orzeczono stosownie do jej wyniku na podstawie art. 192 ust. 9 i 10 ustawy pzp w zw. z § 3 pkt 1 i 2 lit. b i § 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) – obciążając nimi Zamawiającego i Odwołującego w równej wysokości, skoro spośród dwóch zasadniczych zarzutów potwierdził się jeden, a drugi nie.